



JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Tercera

CIUDAD Y FECHA	Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)
REFERENCIA	Expediente No. 11001333603420190018700
DEMANDANTE	Guido Enrique Mosquera Ordoñez
DEMANDADO	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
ASUNTO	FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de REPARACIÓN DIRECTA iniciado por **Guido Enrique Mosquera Ordoñez** contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. ANTECEDENTES:

1.1. La DEMANDA

DEMANDANTES	CALIDAD
Guido Enrique Mosquera Ordoñez	víctima

1.1.1. PRETENSIONES

“PRIMERA: LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a **Guido Enrique Mosquera Ordoñez**, por falla o falta del servicio o de la administración que condujo al retardo injustificado en el nombramiento según lo señalado en el contenido de la norma genera esto es la **ley 909 de 2004** “por el cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia publica y se dictan otras disposiciones” que en el numeral 2 del artículo 3 dispone (...) las disposiciones contenidas en esta ley se aplicaran, igualmente con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como (...) la fiscalía general de la nación”

Con base en esta última normativa se expidió el **decreto 1227 de 2005**, en cual en el articulo 32 estableció “(...) En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles.”

Finalmente, con base en la ley 1654 de 2013 se profirió el decreto 020 de 2014 **“Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscrita”** teniendo en cuenta que el articulo 40 del decreto 020 de 2014 estipula (...)

ARTÍCULO 40. Nombramiento en período de prueba. En firme la lista de elegibles, la Comisión de la Carrera Especial respectiva la enviará al nominador para que, en estricto orden de mérito, proceda a efectuar el nombramiento del aspirante en período de prueba en el empleo objeto del concurso, en el cual el servidor deberá demostrar su capacidad de adaptación al cargo, su eficiencia, competencia,

habilidades y aptitudes en el desempeño de las funciones. El periodo de prueba deberá iniciarse con la inducción en el puesto de trabajo, en los términos adoptados por la Fiscalía General de la Nación y por las entidades adscritas. El nombramiento en periodo de prueba debe producirse dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de la lista de elegibles. (...)

SEGUNDA: Condenar en consecuencia a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como reparación del daño ocasionado a pagar al actor o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos o objetivados actuales y futuros.

En estos términos incluyendo la orden de pagar las prestaciones sociales como los salarios bonificaciones, vacaciones, primas, prima de vacaciones, de navidad y demás acreencias laborales proporcional al año 2015, año completo 2016 y proporcional 2017; es un acto de administración que realiza una norma legal que modifica por tanto el ordenamiento jurídico, pero la actuación material consistente en la ejecución de este acto, es una operación administrativa y si esta se produce en forma tardía y de ello se deriva un perjuicio al beneficiario del derecho, se concluye que la fuente de producción del daño no es entonces el acto, sino la operación, los cuales se estima como mínimo en la suma de \$821.388.232 o lo que resulte probado dentro del proceso o en su defecto en forma genérica como se describió en el punto de pretensiones el valor único cobrado estimado en \$821.388.232.

“PRIMERA: Como quiera que el **día 22 de febrero de 2017, mediante resolución No. 0-0635**, se efectuó el nombramiento en periodo de prueba y se posesionó el día 22 de mayo de 2017 en la planta global de la fiscalía general de la nación el señor **Guido Enrique Mosquera Ordoñez**, por lo que se observa transcurrieron casi un año después de la publicación de la lista de elegibles **definitiva publicada el 13 de julio de 2015**, lo cual repercutió en forma directa en perjuicio económico, moral subjetivo y la vida en relación del señor demandante.

SEGUNDA: Se pretende con esta demanda el resarcimiento de los perjuicios y el pago de la indemnización a que haya lugar por cuanto se solicita con la presente demanda que condenen a la Fiscalía General De La Nación a pagar los perjuicios ocasionados, de acuerdo a los hechos anteriormente descritos a mi representada **Guido Enrique Mosquera Ordoñez**, los perjuicios materiales y económicos como a continuación se describen:

(...)

Resumen de perjuicios:

Daño Emergente: \$189.753.400

Lucro cesante: \$189.753.400

Perjuicios materiales por prestaciones sociales: \$203.979.762

Total: \$ 583.486562”

más lo que se deriva de la reparación directa por el nombramiento tardío por parte de la entidad demandada en lo que respecta a prestaciones sociales específicas. (...) total, remuneraciones del año 2015, 2016, 2017 un valor de \$237.901.670.

Gran total \$821.388.232

TERCERA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor.

CUARTA: *la parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192, 297 y 295 del CPACA”*

1.1.2. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:

1.1.2.1. En el año 2008 la COMISIÓN NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA, hoy en día denominada COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **abrió el Concurso Abierto de Méritos** del Área Administrativa y el señor **Guido Enrique Mosquera Ordoñez** se inscribió, participó y ganó en **CONVOCATORIA 02 Grupo 1 en el cargo de PROFESIONAL Especializado II** superando cada etapa del Concurso Público

El registro de elegibles se conformó mediante acuerdo 027 de 2015; fue nombrado mediante resolución 00635 del 22 de febrero de 2017 y posesionado el 22 de mayo de 2017 mediante acta 0271

1.1.2.2. La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN el **06 de marzo de 2013** solicitó Concepto al Consejo de Estado sobre la conformación y Uso de Registros Definitivos resultantes del concurso público de méritos iniciado en el año 2008.

1.1.2.3. El **10 de diciembre del año 2013** el Consejo de Estado emitió el Concepto No.2158 a la fiscalía general de la Nación¹ donde le aclaro que las bases del concurso son inmodificables y que los concursantes se tenían que nombrar así existiera provisionales y que estos provisionales se protegerían sin vulnerar los derechos de los concursantes que ganaron.

1.1.2.4. La Corte Constitucional profirió la Sentencia **SU - 446/2011** con efectos inter comunis en donde todos y cada uno de los cargos de carrera de la fiscalía general de la Nación deben quedar provistos mediante el sistema de concurso público en un término no mayor a los 2 años, contados a partir de la notificación de este fallo.

1.1.2.5. El 13 de julio de 2015 salió la lista definitiva de elegibles, **Guido Enrique Mosquera Ordoñez** apareció dentro del grupo de elegibles de las CONVOCATORIAS. Cono no era nombrado radico tutela 2016-02498 ante el TAC – sección tercera y subsección A, el cual salió a su favor el **16 de enero de 2017**.

1.1.2.6. De acuerdo a lo anterior y teniendo en cuenta que a partir del **13 de agosto de 2015** vencía la fecha para notificar y nombrar al señor **Guido Enrique Mosquera Ordoñez**, ya que se le había vencido el plazo a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN de los 20 días hábiles de plazo que tenían para nombrarlo después de la publicación de la lista de elegibles, entonces la demandada incumplió con el plazo legal que tenía para notificar y para nombrarlo.

¹ Para el caso en concreto de las convocatorias que realiza la Fiscalía General de la Nación se tiene que, de acuerdo con el **artículo 62 de la Ley 938 de 2004** dichas convocatorias son "norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección". El carácter vinculante intangible e inmodificable de la convocatoria, como "Ley del Concurso", no solo tiene sustento en la norma legal transcrita, sino en jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional según puede observarse en las sentencias T-256 de 1995, SU 913 del 2009, C-588 del 2009, SU 446 de 2011, y C-249 del 2012, entre otras. No cabe duda entonces de que las convocatorias 01 al 015 del 2008 realizadas por la Fiscalía General de la Nación están sujetas a un marco constitucional y legal de cuya aplicación se desprende que tales convocatorias: 1) Son reglas del concurso; 2) Vinculan a la entidad y a los participantes y, por tanto, son inmodificables, so pena de transgredir sus derechos fundamentales.

1.1.2.7. El día 22 de febrero de 2017, mediante resolución No. 0-0635, se efectuó el nombramiento en la planta global de la Fiscalía General de la Nación de la señora **Guido Enrique Mosquera Ordoñez** en cumplimiento del fallo del **16 de enero de 2017. Se posesiono el 22 de mayo de 2017 mediante acta 271, por lo que se observa que transcurrió casi un año después de la publicación de lista definitiva del 13 de julio de 2015.**

1.1.2.8. La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN violó rotundamente lo estipulado por la Ley de 20 días hábiles que tenía para realizar los respectivos nombramientos inmediatamente pasados los 20 días después de publicada las listas de elegibles por tanto debe ser condenada a cancelar todas las acreencias laborales que debió percibir la del señor **Guido Enrique Mosquera Ordoñez** desde el 14 de Agosto de 2015 hasta el día de su nombramiento compuesta por sueldo básico, bonificación judicial, remuneraciones, bonificación por servicios, Prima de servicios, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, vacaciones, Primas de Productividad anuales y proporcionales por año; mas indemnizaciones por el no pago oportuno de estas acreencias laborales, intereses corrientes, moratorios e indexación, adicionalmente se les debe reconocer las cotizaciones a salud y pensión como también lo correspondiente a sus prestaciones sociales por año, Cesantías e intereses a las cesantías por año y todas las acreencias laborales que le correspondan sus derechos laborales como funcionario de esta entidad las convencionales y las demás que les corresponden según la Ley.

1.2. La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

DEMANDADO	CALIDAD
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	Demandado

1.2.1. CONTESTACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda del Señor GUIDO ENRIQUE MOSQUERA ORDOÑEZ quien pretende la reparación de perjuicios causados por el incumplimiento de la entidad a las reglas de la convocatoria 002 de 2008 G 001 en la que participó y ocupó un puesto en la lista de elegibles.

La oposición se funda en la inexistencia del Daño antijurídico, los medios exceptivos que se propondrán y por los demás elementos de juicio que se expondrán en el curso del proceso.

Debe resaltarse, que los principios generales del Derecho de Daños y de Reparación integral determinan que debe repararse únicamente el daño y nada más que el daño, pues el mismo no es fuente de enriquecimiento y en este orden solo es procedente la reparación sobre aquellos daños que cumplan los requisitos que, la Jurisprudencia y la Doctrina indican, deben concurrir para su reconocimiento. Es decir, solo pueden reconocerse los daños directos, personales y antijurídicos que se encuentren debidamente acreditados.

Por ello insisto y ante la temeridad de las pretensiones del demandante solcito que la parte demandante sea condenada al pago de las costas y agencias en derecho,

de conformidad con las reglas procesales vigentes.

Además de la inconformidad con los planteamientos sobre la existencia de un daño antijurídico, resulta pertinente resaltar la incongruencia y la temeridad en la tasación de los perjuicios que, en su criterio, tendría derecho en caso de prosperar sus pretensiones.

En primer lugar, se ha de tener presente que, si lo pretendido a título de indemnización es el equivalente a los salarios dejados de percibir por no nombrarse en tiempo, llámese la atención de cómo fueron liquidados.

En una liquidación sin antecedentes toma como base del perjuicio el salario correspondiente al año 2017 y lo retrotrae al año y mes en que, según se teoría, se causó el daño, cuando lo correcto jurídicamente es liquidar cada año según la escala salarial vigente para esa vigencia fiscal.

Año fiscal	Decreto que lo fija	Asignación básica	Bonificación judicial (Decreto 1270 de 2015)	Total, por vigencia
2015	Decreto 1087 de 2015	5342184	340980	5683164
2016	Decreto 219 de 2016	5757233	445898	6203131
2017	Decreto 989 de 2017	6145576	576329	6721905

De manera que como la liquidación de los perjuicios no corresponde a una realidad fáctica no cierta se han desestimar por falta de sustento

En segundo lugar, porque el periodo solicitado a indemnizar se hace sobre un base de 23 meses de, supuesto, retardo en el nombramiento cuando el mismo demandante deja constancia que la supuesta mora se da desde el 14 de agosto de 2015 (fecha en que supuestamente debió ser nombrado) y el 22 de febrero de 2017 fecha en que fue nombrado, es decir 18 meses.

En tercer lugar, prueba el mismo demandante que para la fecha de los hechos se encontraba laborando en la Contraloría General de la República y que por tanto el perjuicio se hace sobre la base de la diferencia salarial entre el cargo que ostentaba al momento de los hechos y el que por ese periodo debía ostentar, de manear que esa reclamación tampoco se encuentra llamada a prosperar simplemente por liquidación temeraria

En cuarto lugar, tratándose de relaciones laborales sin importar si se trata del sector público o privado, la regla es la misma, para que haya una remuneración, debe haber una prestación directa del servicio. Luego entonces si no hay una prestación del servicio por sustracción de materia, tampoco hay lugar a pagar salario alguno.

De acceder a las pretensiones de esta demanda, su señoría, implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento del patrimonio público de la administración pública.

Propuso como **excepciones** las siguientes:

- Caducidad del medio de control
- Falta de lealtad procesal de cara a la inexistencia del daño antijurídico
- Inexistencia de los presupuestos de la responsabilidad y ausencia de falla en el servicio.
- Genérica

1.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1 Demandante:

La entonces Comisión Nacional Administrativa de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación convocó a concurso de méritos para proveer 1716 cargos del área administrativa y financiera a través de las convocatorias. 01 al 015 de 2008 se tiene que la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación se establece en el artículo 253 de la constitución política y fue un querer del constituyente que la Fiscalía General de la Nación tuviese una carrera administrativa especial y autónoma, cuya regulación fue delegada al legislador, en desarrollo de dicha preceptiva constitucional. La ley 270 de 1996, en su artículo 159 preceptúa lo siguiente: La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera, sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman. La ley 909 del 2004, también reconoce la naturaleza especial de la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación, al precisar en su artículo tercero, numeral segundo literal cuarto, que dicho estatuto general regulatorio de la carrera administrativa ordinaria tendrá carácter supletorio frente a carreras administrativas especiales o específicas, como la del ente investigador. Veamos: en el artículo 3, campo de aplicación de la presente ley, primero, las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos. Segundo, las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán igualmente con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige a los servidores de las carreras especiales, tales como la Fiscalía General de la Nación. En este mismo sentido, su Señoría la ley 938 del 2004 en su artículo 60 que la Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen de carrera, el cual es administrado y reglamentado en forma autónoma, sujeto a los principios de concurso de méritos y calificación del desempeño, posteriormente, a través de la ley 1654 de 2013, el Congreso de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 10 de la Constitución política, revistió al presidente de la República de precisas facultades, extraordinarias por el término de 6 meses contados a partir de la fecha de su publicación de la presente ley para expedir normas con fuerza material de ley de ley y dirigidas a expedir el régimen de la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas y el de sus situaciones administrativas de sus servidores en el ejercicio de dicha facultades el Gobierno nacional expidió el decreto 020 del 2014, cuyo artículo segundo definió la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas en los siguientes términos, la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas del sistema técnico de administración de personal, que en cumplimiento de los principios constitucionales de la función pública busca garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a los cargos previa demostración del mérito proteger los derechos de los servidores a la estabilidad y permanencia en los mismos. Desarrollar las capacidades técnicas y funcionales del servidor mediante la capacitación, los estímulos y el ascenso. Así mismo, pretende la eficiencia y la eficacia de la función que cumplen los servidores evaluada está a través del desempeño del cargo y de las competencias laborales. Finalmente se tiene que en el artículo 40 de dicha norma en cuanto al plazo de nombramiento, establece lo siguiente, en firme, la lista de elegible, la Comisión de Carrera especial respectiva la enviará al nominador para que el escrito orden de mérito proceda a efectuar el nombramiento del aspirante en periodo de prueba en

el empleo objeto de cual concursó, en el cual el servidor deberá demostrar su capacidad de adaptación al cargo, su eficiencia, competencia, habilidades y aptitudes en el desempeño de las funciones.

El periodo de prueba deberá iniciarse con la inducción en el puesto de trabajo en los términos adoptados por la Fiscalía General de la nación y por las entidades adscritas. El nombramiento en periodo de prueba debe producirse entre los 20 días hábiles siguientes al recibo de la lista de elegibles. En el caso concreto, su Señoría se tiene que con base en el concurso público de mérito de la Fiscalía General de la Nación, en donde el demandante señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez, se presentó a las siguientes convocatorias, convocatoria número 002 de 2008, Grupo uno para el cargo de profesional especializado uno denominado profesional especializado 2, ocupando el puesto 41 de los 47 cargos convocados para el Grupo uno dentro del Acuerdo 0027 del 13/07/2015 también se presentó para la convocatoria número 003 de 2008 Grupo uno para el cargo de profesional universitario 3, hoy denominado profesional de gestión 3 ocupando el puesto 17 de los 63 cargos convocados para el Grupo uno dentro del Acuerdo 0028 del 13/07/2015. Por lo anterior, y a pesar de encontrarse dentro del umbral de los cargos convocados en ambas convocatorias del año 2015, la Fiscalía General de la nación realiza el nombramiento mediante resolución número 00635 el 22/02/2017, nombrándolo en período de prueba por el término de 3 meses en el cargo de profesional especializado uno hoy denominado profesional especializado 2. Seguidamente se posicionó el 22/05/2017 mediante lata 00271 de la subdirección de Seccional de fiscalías y de Seguridad Ciudadana de Nariño pesar de que participo en el área administrativa y financiera de la Fiscalía General de la Nación, está demostrado que la nombraron para el área de fiscalías, es otra área diferente. Debe recordarse que la Fiscalía General de la nación contaba con 20 días hábiles de la publicación del registro de elegibles, esto es, el 13/07/2015 para efectuar un tiempo en tiempo. La designación, es decir, tenía hasta el 12/08/2015 atendiendo a que el demandante ocupó el puesto 41 de los 47 cargos ofertados, para el cargo profesional especializado uno, hoy denominado profesional especializado 2, también ocupó el puesto 17 de los 63 cargos convocados para el cargo profesional universitario 3, hoy denominado profesional de gestión 3, una vez quedaron en firme la lista de elegibles, eso es el 13/07/2015. La fiscalía debió efectuar los nombramientos respectivos de las personas que están dentro del umbral de los cargos convocados. no obstante, lo hizo el 12/07/2017, a saber, 23 meses después de plazo determinado en la norma vigente, incurriendo en esta forma en una demora injustificable, que configura la falla del servicio. Demostrado está su Señoría que el demandante se encontraba en los lugares de elegibilidad de los cargos ofertados. Lo evidente es que el lugar que ocupó en el orden de elegibilidad no fue ocupada la vacante con la lista elegibles. Lo cierto es que la posición que le dio en la lista estaba vacante, por lo que sí resulta probada la falla en el servicio por la mora injustificada. Y el término que transcurrió entre la lista de elegibles y su nombramiento duró casi 2 años en realizarse cuando podía haber sido nombrado con anterioridad, al existir la vacante. Se tiene entonces que la parte demandante acreditó la falla del servicio en el cual incurrió la Fiscalía General de la Nación al nombrar tardíamente en el cargo de profesional especializado uno hoy denominado profesional especializado 2 en la planta en global de la entidad. Motivo por el cual se le solicita a su Señoría acceder a las pretensiones de la demanda la Fiscalía General de la nación no demostró que el hecho que el demandante hubiera ocupado el puesto 41 de los 47 cargos, ni tampoco demostró que el puesto que ocupó el puesto 17 de los 63 cargos, no tuviera, no lo hubiera nombrado entre los 2 meses siguientes a la publicación de la lista, el derecho adquirido a ocupar las

vacantes de las personas en orden de elegibilidad, según los acuerdos 027 y 028 del 13/07/2015.

1.3.2 Demandada: Fiscalía General de la Nación

No se discuten aquí los hechos en relación con el concurso, dado que efectivamente, el demandante participó en la convocatoria del 2008 para el Grupo 02 y el Grupo 03, efectivamente integró la lista de elegibles. Sin embargo, estamos aquí convocados para determinar si se probó o no la falla en el servicio relacionada con una demora en el nombramiento. Lo primero que tiene que verse y que quedó probado en el proceso es que efectivamente, la fiscalía para la convocatoria 03 decidió nombrar al señor Guido en el cargo que ocupó, sin embargo, como quedó también manifiesto nuevamente con la historia laboral que se adjuntó, el señor No aceptó su nombramiento, razón por la cual la fiscalía procedió con el siguiente el siguiente cargo. He de anotar que no es como lo manifiesta la demandante, en el sentido que la norma aplicable al concurso no es el decreto, no es el artículo 40 del Decreto 20, teniendo en cuenta que esa misma disposición tiene un artículo transitorio donde dice que para esos concursos no aplicaba la norma, razón por la cual siempre se ha interpretado que el tema para los nombramientos sería la vigencia para la lista de elegibles. No obstante, el señor Guido fue nombrado una vez la Fiscalía adelantó todos los procesos administrativos que correspondían a la revisión, si sí o no se daba la vacante. Adicionalmente, conforme a lo que se el litigio que se planteó, se propuso también la excepción de la caducidad la cual es latente bajo la siguiente circunstancia, el nombramiento del señor, Efectivamente se hizo el 22 de febrero del 2 del 2017 mediante resolución 635 la cual fue comunicada al demandante el 21/03/2017, lo que quiere decir, el aceptó el nombramiento el 04/04/2017, tal como se probó en el con la contestación de la demanda. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que el señor pidió una prórroga para su posesión, prórroga con la cual se tiene en cuenta que si él acepta el nombramiento el 04/04/2017 quiere decir que tenía un plazo para demandar entre el 05/04/2017 al 05/04/2019. Como quiera que la solicitud de conciliación fue presentada el 20/04/2017, es evidente que ha operado el fenómeno de la caducidad en esas condiciones, no era la carga de la prueba de la fiscalía demostrar por qué se demoró en el nombramiento era tarea del demandante traer a colación, además de las circunstancias que rodearon los hechos, demostrar por qué la demora lo afectó y en qué condiciones lo afectó de las pruebas sobrantes se demuestra que la fiscalía cumplió con la rigurosidad del procedimiento nombrando al demandante conforme en sus posiciones en la lista de elegibles, pero que fue su voluntad, digamos postergar las decisiones de su aceptación en el cargo. Por esas razones, solicito, pues que su despacho tenga en consideración todos los argumentos y las cosas presentadas en la contestación de la demanda y se nieguen las pretensiones.

1.3.3 EL MINISTERIO PÚBLICO no presentó concepto.

2. CONSIDERACIONES

2.1. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

2.1.1. En relación con la excepción de **CADUCIDAD** Este despacho había rechazado la demanda por considerar que había operado el fenómeno , sin embargo, el Tribunal Administrativo –Sección Tercera –Subsección “A”, MP JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ mediante providencia del 28 de mayo de

2020 revocó la decisión considerando que el conteo de la caducidad se debe efectuar desde que la administración cumplió con sus funciones de nombramiento y se materializó con la posesión esto es el 22 de mayo de 2017, por lo que se estará a lo ya resuelto, pues no existen razones adicionales o hechos nuevos que puedan hacer inoperante dicha decisión.

2.1.2. Las excepciones de **FALTA DE LEALTAD PROCESAL DE CARA A LA INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURIDICO e INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD Y AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO.** no goza de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.

2.1.3. La excepción **GENÉRICA o LA INNOMINADA** planteada por la demandada, sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.

2.2. LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:

Conforme a lo determinado en la FIJACIÓN DEL LITIGIO, se busca establecer si hay lugar o no a declarar la responsabilidad de la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por el posible retardo injustificado en el nombramiento del señor **Guido Enrique Mosquera Ordoñez** en el cargo de **PROFESIONAL Especializado II**

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

¿Debe responder la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por el presunto retardo injustificado en el nombramiento del señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez en el cargo de PROFESIONAL DE GESTIÓN II?

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

El presente proceso tuvo su origen en el ejercicio de la acción de reparación directa contemplada en el artículo 140 del C.C.P.A., el cual dispone que el interesado podrá demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece tal acción tiene su fundamento Constitucional en el artículo 90 de la Carta, el cual le impone a aquel el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es decir que el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber legal de soportar.

Se observa entonces que no importa si el actuar de la Administración fue legal o no, para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se

predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de aquella; no obstante, la jurisprudencia continúa aplicando los regímenes de imputación de responsabilidad que de tiempo atrás ha ido decantando, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación de la existencia del daño y del nexo causal de éste con aquella.

El principal régimen de imputación de responsabilidad es el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales:

- 1) El daño antijurídico sufrido por el interesado.
- 2) La falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente,
- 3) Una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Así las cosas, si alguno de los elementos no se prueba, la falla en el servicio no se configura y por ende las pretensiones de la demanda deberán ser negadas. Una vez probada la falla en el servicio la única forma de que la parte demandada puede exonerarse de responsabilidad es acreditando alguno de los eximentes de responsabilidad como son culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero y fuerza mayor o caso fortuito.

Considera el Despacho que, en el presente caso, el régimen de responsabilidad aplicable es el del **FALLA EN EL SERVICIO** en virtud de los hechos relatados en la demanda, por lo que se procederá al estudio del caso concreto teniendo en cuenta los elementos de responsabilidad anotados en el numeral anterior y el material probatorio aportado a la demanda.

2.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:

2.3.1 Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:

✓ La Fiscalía General de la Nación inició el concurso público de méritos 2008 para proveer 1.716 cargos del área administrativa de la fiscalía general de la Nación².

Guido Enrique Mosquera Ordoñez participó para los siguientes cargos:

Convocatoria	grupo	Nombre del cargo actual
002	01	para el cargo de profesional Especializado I hoy PROFESIONAL ESPECIALIZADO II

² los empleos ofertados hacían parte de la planta global y flexible de la Fiscalía General de la Nación y que la dependencia a la que pertenecía el empleo correspondía a aquella que se estableciera conforme a la distribución de la planta global. se ofertaron cargos de una determinada denominación de empleo, sin consideración a una ubicación geográfica © dependencia.

003	01	para el cargo de profesional universitario III hoy PROFESIONAL DE GESTIÓN III
-----	----	--

✓ La Ley 938 de 2004 – normatividad en su artículo 66 y 67, prevé lo siguiente:

*“**Artículo 66. Registro de elegibles.** Con base en los resultados del concurso se conformará el Registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años.*

La Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación reglamentará la actualización del Registro.

Igualmente, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la fiscalía general de la Nación podrá utilizar este Registro para proveer cargos equivalentes o de inferior grado.

***Artículo 67. Provisión de los cargos.** Se efectúa en estricto orden descendente con quienes ocupen los primeros puestos en el Registro de elegibles.”*

✓ El 10 de diciembre de 2013 el **CONSEJO DE ESTADO – SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL** emitió concepto radicado 2158 sobre la conformación y uso de los registros definitivos de elegibles resultantes del concurso público iniciado en el año 2008, en el cual manifestó:

De acuerdo con la información suministrada por el Departamento Administrativo de la Función Pública la consulta se enmarca dentro de los siguientes aspectos de orden fáctico y jurídico:

1. Las convocatorias 01 a 015 de 2008 y conformación de los registros definitivos de elegibles

A través del concurso de méritos iniciado en el año 2008 con las convocatorias 01 a 015 de 2008 para cargos en las áreas Administrativa y Financiera, la Fiscalía General de la Nación pretendió dar cumplimiento a la obligación contenida en los artículos 125 y 251, numeral 2, de la Constitución Política, en el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, y en los artículos 59, 60, 61 62 y siguientes de la Ley 938 de 2004.

El concurso, cuyo cierre de inscripciones estaba programado para el 31 de julio de 2008 según se aprecia en las citadas convocatorias, se vio seriamente afectado por la expedición de los actos Legislativos No. 01 de 2008³ y No. 04 de 20112, cuyos beneficiarios eran los servidores públicos

³ "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política", cuyo artículo 1 es del siguiente tenor: *"Artículo 1. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así: 'Párrafo transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción. Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo. La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa. Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular". (Publicado en el Diario Oficial No. 47.214 de 26 de diciembre de 2008).*

provisionales y sus posteriores declaratorias de inexequibilidad⁴, los cuales **generaron el** quebrantamiento de las actuaciones que normalmente un concurso de esta naturaleza conlleva.

Así la administración, en acatamiento de fallos de tutela⁵, se vio en la obligación de citar nuevamente a la presentación de pruebas a todos los aspirantes que no asistieron, amparados en la confianza legítima que les generó el Acto Legislativo 01 de 2008, con la consecuencia de que a la fecha existen dos (2) registros provisionales de elegibles: i) el conformado por los aspirantes que participaron en la primera parte del concurso porque no fueron beneficiarios del Acto Legislativo 01 de 2008, o porque aun siéndolo, decidieron asistir a la presentación de las pruebas en la fecha establecida (3 de mayo de 2009), y ii) el registro provisional conformado por los aspirantes beneficiarios del acto legislativo que no asistieron en su momento a la presentación de las pruebas, pero que el 25 de noviembre de 2012 fueron citados por orden del fallo de tutela.

Así las cosas, el registro definitivo de elegibles será el resultado de integrar los registros provisionales citados.

El Departamento Administrativo de la Función Pública señala que el inconveniente para la conformación del registro de elegibles radica en la forma en que fue "estructurado" el concurso, que podría afectar el principio del mérito y derechos constitucionales fundamentales, si se considera que en cada una de las convocatorias se ofertaban cargos de una determinada denominación de empleo, por ejemplo "Profesional Especializado I", para lo cual se remitía al aspirante a un anexo. Cada uno de tales empleos se refería a diferentes grupos (profesiones), dentro del cual se podía optar por área o dependencia, y en la inscripción debían identificarse tales aspectos.

Los listados preliminares de elegibles, tanto de la primera parte como de la segunda, fueron conformados en cada convocatoria para cada uno de los grupos de empleos, sin consideración al área de ubicación de los cargos.

Ahora bien, al momento de realizarse las pruebas (con posterioridad a los actos legislativos, según se explica en la consulta), el módulo de conocimientos generales era común para todos los grupos correspondientes al mismo nivel de empleo (profesiones), y el de conocimientos específicos era común para cada grupo en particular (abogados, contadores, estadísticos) sin importar el área o dependencia escogida por el aspirante en el formulario de inscripción⁶

Agrega la consulta que un aspirante al concurso solicitó que en la conformación del registro definitivo de elegibles, además del grupo de empleos según la disciplina académica, se tuviese en cuenta también el área o dependencia, "en razón a que fue una condición del concurso al momento de la inscripción".

Realizado el ejercicio correspondiente en los términos de la anterior solicitud, la Fiscalía pudo constatar que los registros de elegibles conformados por convocatoria - grupo difieren de los de convocatoria - grupo ~ área. Se manifiesta en la consulta que la lógica indica que el aspirante se inscribe al área en dónde tiene experiencia laboral y, por ende, experticia.

Expone la consulta que la regulación de la convocatoria y el reglamento del concurso eran ambiguos en cuanto a la conformación del registro, de elegibles, motivo por el cual solicita el concepto de la Sala "sobre el criterio que debe adoptar la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación en la conformación de los registros definitivos de elegibles, en el sentido de definir si se conforman en consideración al 'Grupo' conforme a la disciplina académica

⁴ Sentencias C- 588 del 27 de agosto de 2009 y C-249- del 28 de marzo de 2012 de la Corte Constitucional.

⁵ Sentencia T-213 A de 2011.

⁶ En el instructivo de pruebas la Universidad Nacional aclaró: "un aspirante puede haber presentado la misma prueba para dos cargos distintos y puede obtener dos puntajes diferentes (uno para cada cargo) con un único patrón de respuestas". (Paréntesis textual).

del aspirante o, si además del grupo, debe tenerse en cuenta el Área' registrada por los aspirantes al momento de la inscripción".

2. Situación de los servidores provisionales que se encuentran en condiciones especiales de vulnerabilidad

Se informa en la consulta que la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación ha recibido peticiones de servidores provisionales que solicitan tener en cuenta su condición especial de vulnerabilidad (madres y padres cabeza de familia, prepensionados y discapacitados), frente a su inminente retiro del servicio a la hora de proveer los cargos con los elegibles ubicados en los registros definitivos.

Luego de citar la sentencia SU - 446 de 2011 de la Corte Constitucional, sostiene Función Pública que el concurso adelantado mediante las convocatorias 01 a 015 de 2008 presenta circunstancias tácticas diferentes a las del proceso de selección objeto del citado fallo de tutela⁷. En efecto, si bien la planta de personal es global, al momento de definir los cargos administrativos a ofertar en las citadas convocatorias se identificaron pormenorizadamente las plazas. Por lo tanto ya se sabe qué cargos deben ser provistos con los registros de elegibles, aunque hoy en día estos se encuentran ocupados con provisionales en condiciones de vulnerabilidad.

Afirma Función Pública que al momento de presentar al Consejo de Estado la presente consulta la planta de personal no contaba con un número de cargos vacantes suficiente para reubicar a los servidores en condiciones de vulnerabilidad que deben ser retirados del servicio y, así las cosas, inquiere a la Sala "sobre el mecanismo o dispositivo que debe adoptar la Fiscalía para no lesionar los derechos de estos servidores".

3. Provisión de los cargos convocados sin sujeción a las plazas establecidas en la convocatoria para cada dependencia

El Departamento Administrativo de la Función Pública pone de presente que el concurso se ha prolongado durante casi cinco (5) años, término en el cual la planta de personal del Área Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación ha sufrido cambios importantes en relación con la ubicación de los empleos originalmente ofertados.

Así, por ejemplo, por necesidades del servicio, 184 empleos de los 1716 convocados han sido reubicados en otras dependencias. Además, en algunos casos, para el cumplimiento de su misión, las dependencias requieren de servidores con disciplinas académicas diferentes a las exigidas en las convocatorias.

Estas razones llevan a que se consulte a la Sala "sobre la viabilidad de proveer los cargos convocados en las Áreas en que las necesidades actuales de la entidad los requieren, sin disminuir el número de plazas convocado en cada uno de los Grupos pero con una distribución diferente por dependencia^A teniendo en cuenta que la jurisprudencia, específicamente la Sentencia T - 267 de 2012 de la Corte Constitucional, ha admitido que por razones excepcionales, imperiosas y fundamentadas legalmente, podrían no ser provistos algunos de los cargos sometidos a concurso.

Con el fin de precisar algunos de los aspectos de la consulta, el consejero ponente expidió un auto que fue respondido por el organismo consultante el 10 de septiembre de 2013. Posteriormente se celebró una audiencia y Función Pública remitió documentación adicional.

II. LO QUE SE CONSULTA

⁷ Convocatorias realizadas en el 2007 para proveer 4697 cargos de fiscales delegados ante diferentes despachos judiciales y asistentes de fiscal.

Teniendo en cuenta los hechos, normas y problemas jurídicos expuestos, y dado que en la solicitud del concepto no se consignaron preguntas concretas y formalmente redactadas, estima la Sala que deberá resolver las siguientes cuestiones:

1. "Criterio que debe adoptar la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación para conformar los registros definitivos de elegibles, en el sentido de definir si se elaboran en consideración al 'Grupo' conforme a la disciplina académica del aspirante o si, además del grupo, debe tenerse en cuenta el 'Área' registrada por los aspirantes al momento de la inscripción".
2. "Mecanismo o dispositivo que debe adoptar la Fiscalía para no lesionar los derechos de los servidores en condición especial de vulnerabilidad que ocupan cargos en provisionalidad que deben ser provistos con los aspirantes ubicados en el primer lugar del registro definitivo de elegibles".
3. "Viabilidad de proveer los cargos convocados en las Áreas en que las necesidades actuales de la entidad los requieren, sin disminuir el número de plazas convocado en cada uno de los Grupos, pero con una distribución diferente por dependencia."

III. CONSIDERACIONES

A. Problemas jurídicos

La consulta plantea los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Tiene la convocatoria a un concurso de méritos carácter vinculante para la entidad u organismo convocante? ii) ¿Cómo debe resolverse la tensión entre los derechos de los servidores en condición especial de vulnerabilidad que ocupan cargos en provisionalidad y el derecho de los aspirantes a ser nombrados en esos mismos cargos? y iii) ¿Pueden proveerse los cargos convocados en áreas diferentes a las establecidas en la convocatoria?

Para resolver la consulta la Sala procederá a analizar los siguientes aspectos: i) el fundamento constitucional de los concursos para proveer cargos en los órganos del Estado y en particular en la Fiscalía General de la Nación; ii) las consecuencias jurídicas derivadas de una lista de elegibles en firme para los servidores provisionales en condición de especial vulnerabilidad y iii) el alcance de las reglas que rigen los concursos.

B. La carrera administrativa y sus componentes de mérito, concurso público e igualdad

Sobre la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación la Sala se pronunció en los conceptos 1950 del 10 de junio de 2009 y 1976 del 4 de febrero de 2010, en los cuales se analizaron y resolvieron cuestiones similares a las que ahora se consultan. La doctrina allí expuesta no sólo resulta aplicable al presente asunto, sino que ha sido ratificada por pronunciamientos posteriores de la Corte Constitucional en los que incluso la Fiscalía ha sido vinculada como interviniente o accionada, motivo por el cual resulta necesario reiterar las tesis expuestas en su momento por la Sala y remitirse al texto integral de tales conceptos.

De las mencionadas fuentes se extraen sucintamente las siguientes premisas fundamentales, que tienen plena aplicación al punto bajo examen:

1. El principio constitucional de carrera administrativa previsto en el artículo 125 de la Constitución Política (CP).⁸ con sus componentes de mérito, concurso público e igualdad, es consustancial⁹ al Estado Social de Derecho (artículo 1 CP.).

2. El mérito como fundamento de la carrera administrativa y de los concursos públicos para proveer los cargos, es el reflejo de superiores valores¹⁰ y principios¹¹ constitucionales como son la justicia, la igualdad (que también es un principio y un derecho) y la participación, así como el respeto a la dignidad humana y el trabajo, respectivamente (Preámbulo y artículo 1º de la CP.). Tales valores y principios se concretan normativamente no sólo en el citado artículo 125 sino en los artículos 40, numeral 7¹² y 209¹³ de la CP.

El mérito se constituye en el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público, al punto que frente a su ausencia la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios constitucionales previstos en el artículo 209 CP.¹⁴

3. La trascendencia del concurso público para establecer el mérito se deriva de la misma Constitución toda vez que, según la jurisprudencia constitucional citada por la Sala en los aludidos conceptos 1950 y 1976, y posteriormente reiterada por la Corte Constitucional, el Constituyente lo previó para evitar que otros criterios sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. De esta manera el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas y condiciones profesionales, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos¹⁵.

Al servicio de estos propósitos el concurso tendrá como finalidad la elaboración de una lista de elegibles en riguroso orden descendente, y la designación corresponderá a quien ocupe el primer lugar, tal como lo sostuvo la Sala en el concepto 1976 de 2010.

4. Existe una relación inescindible entre los principios de carrera administrativa y mérito, y el principio de igualdad previsto en los artículos 13 y 209 CP. Como consecuencia de esa vinculación jusfundamental la administración se abstendrá de "...prever condiciones que impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante, de incluir ítems de evaluación cuya aplicación proceda para algunos concursantes y no para todos, de disponer distintos criterios para evaluar a los aspirantes vinculados a la respectiva entidad y a los que no lo están y de establecer

⁸ "Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados **por concurso público**. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los **méritos y calidades** de los aspirantes..." (Se resalta).

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C 588 de 2009 y C - 249 de 2012. "Dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales",

¹⁰ Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico y pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política". Sobre el concepto de valores y principios constitucionales la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades. Cfr. entre otras las sentencias T-406 de 1992, C-546 de 1992, T- 079 de 1995, C- 445 de 1999, C-690 de 1996 y C-126 de 1998

¹¹ "Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional". Ibidem.

¹² Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse..."

¹³ Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones..."

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias C-901 de 2008, C- 588 de 2009 y C - 249 de 2012.

¹⁵ Ibidem.

una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso de la misma"¹⁶.

5. Por último, no sobra recordar que la ley 938 de 2004, "por la cual se dicta el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación"¹⁷, dispone en el artículo 60 que el régimen de carrera de esa entidad se sujeta a los "principios del concurso de méritos", los cuales no pueden ser otros que los explicados en precedencia con base en una interpretación conforme a la Constitución.

Adicionalmente la ley 938 consagra entre los principios de administración de personal de la Fiscalía General de la Nación, concordantes con el régimen de carrera, los de excelencia¹⁸, igualdad¹⁹, publicidad²⁰, mérito²¹, especialización²² y especialidad²³, entre otros.

Es inequívoca y elocuente la ley, en especial, al definir el principio del mérito en los siguientes términos:

"Artículo 52. Principio del mérito. El principio del mérito tiene vocación constitucional, que surge del interés general y público en proveer los cargos de carrera con un sistema de méritos que garantice el ingreso y la permanencia de quienes reúnan las mejores condiciones académicas, profesionales, laborales y personales para ocupar los cargos públicos.//En ese sentido, el mérito es el presupuesto y principio básico para evaluar y calificar la calidad, la excelencia y las condiciones de los aspirantes y servidores que pretendan ingresar y permanecer dentro del régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación.//El mérito así establecido en el presente estatuto, asegura y procura la excelencia y calidad del servicio en el ejercicio de la función pública".

C. Carácter vinculante de las convocatorias para la entidad convocante y los participantes en el concurso

La Sala identificó y describió en el concepto 1976 de 2010, con fundamento en la jurisprudencia constitucional expedida hasta ese momento, ²⁴ las etapas que se deben surtir para el acceso a cualquier cargo de carrera, las cuales son: i) **convocatoria**: Fase en la cual se consagran, con carácter vinculante, las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que garantizan al aspirante el acceso en igualdad de oportunidades; ii) **reclutamiento**: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; iii) aplicación **de pruebas e instrumentos de selección**: A través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física, y iv) **elaboración de lista de elegibles**: En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias C - 1256 de 2005, C- 588 de 2009 y C- 249 de 2012, entre otras.
¹⁷ Publicada en el Diario Oficial No. 45.778 del 31 de diciembre de 2004.
¹⁸ "Artículo 47. Principio de excelencia. El principio de excelencia tiene por objeto garantizar la calidad y el mejoramiento continuo del trabajo y de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.//En virtud del principio de excelencia, los servidores que se rigen por el presente régimen deberán ser seleccionados, los concursos aprobados y su trabajo desempeñado, **con excelencia de méritos**,
¹⁹ Artículo 48. Principio de igualdad. El principio de igualdad tiene por objeto garantizar el ingreso y permanencia en la carrera de los servidores de la Fiscalía General de la Nación en igualdad de condiciones
²⁰ "Artículo 51. Principio de publicidad. El principio de publicidad se estructura y desarrolla sobre la base de la transparencia, la igualdad y el carácter democrático del régimen de carrera. //En virtud del principio de publicidad, todos los procesos de selección de candidatos y los concursos, son públicos y abiertos".
²¹ "Artículo 52.
²² "Artículo 53. Principio de especialización. El presente estatuto señala la regla general de la especialización académica, técnica, profesional de los servidores según lo requieran las funciones, los requisitos y el perfil del cargo para el cual se concursa".
²³ "Artículo 54. Principio de especialidad. La especialidad es el grado de experto técnico, aptitud profesional y capacidad laboral que se adquiere a partir de la experiencia calificada y que resulta necesaria para ocupar un determinado cargo, en virtud del perfil y requisitos del mismo".
²⁴ Sentencias C - 040 de 1995 y SU 913 de 2009.

La Sala concentra en este acápite su atención en la etapa de convocatoria, que es determinante de la ruta que deberá seguir el concurso. En efecto, las reglas señaladas para las convocatorias en esta etapa son las leyes del concurso⁷ y son inmodificables, salvo que sean contrarias a la Constitución o que sus disposiciones vulneren derechos fundamentales.

Para el caso concreto de las convocatorias que realiza la Fiscalía General de la Nación se tiene que, de acuerdo con el artículo 62 de la ley 938 de 2004, dichas convocatorias son "norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección".

El carácter vinculante, intangible e inmodificable de la convocatoria, como ley del concurso", no sólo tiene sustento en la norma legal transcrita, sino en jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, según puede observarse en las sentencias T -256 de 1995, SU - 913 de 2009, C-588 de 2009, SU - 446 de 2011 y C - 249 de 2012, entre otras. En tal sentido vale citar el siguiente aparte de la sentencia SU -913 de 2009:

"Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 CP.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla".

No cabe duda entonces de que las convocatorias 01 a 015 de 2008 realizadas por la Fiscalía General de la Nación están sujetas a un marco constitucional y legal de cuya aplicación se desprende que tales convocatorias: i) son las reglas del concurso y, ii) vinculan a la entidad y a los participantes y, por tanto, son inmodificables, so pena de transgredir sus derechos fundamentales.

De otra parte, al releer las convocatorias en mención, no se observa por parte alguna que en ellas se hubiera establecido, como regla del concurso tendiente a conformar la lista de elegibles, "el Área" registrada por los aspirantes al momento de la inscripción".

Por el contrario, lo que se aprecia es que en cada una de dichas convocatorias se ofertaban cargos de una determinada denominación de empleo, el cual estaba referido a diferentes grupos (profesiones) sin consideración al área de ubicación de los cargos.

Es por esta razón que en la realización de las pruebas el módulo de conocimientos generales era común para todos los grupos (profesiones) correspondientes al mismo nivel de empleo, y el de conocimientos específicos era común para cada grupo en particular (abogados, contadores, estadísticos), sin importar el área o dependencia escogida o preferida por el aspirante en el formulario de inscripción.

La anterior evidencia documental es confirmada por la Fiscalía General de la Nación²⁵ al responder el auto emanado de la Sala. Efectivamente, ante la pregunta: ¿En la inscripción o en algún documento relacionado con el concurso se daba a entender que la prueba de conocimientos específica correspondería al área o dependencia escogida? se responde lo siguiente:

"Para la elaboración de las pruebas escritas de conocimientos se tuvo en cuenta tanto los niveles de cargos como los grupos de la convocatoria. Si bien las áreas específicas fueron

²⁵Oficio 2013701007651 del 6 de septiembre de 2013. Página 3.

mencionadas en las convocatorias, estas **no determinaron** el contenido específico de las pruebas de conocimientos.

Teniendo en cuenta los grupos de la convocatoria, se estructuraron los módulos de conocimientos específicos de las pruebas eliminatorias, los cuales evaluaron conocimientos básicos de **formación académica** del concursante, necesarios para el desempeño del cargo al que aspiraba..." (Se resalta).

De esta manera resulta evidente y se confirma que tanto la convocatoria como las pruebas que se aplicaron a los concursantes en desarrollo de la misma establecieron como regla que para la conformación del registro de elegibles solo se consideraría el grupo al cual se inscribió el aspirante.

Cualquier variación que se quisiera introducir a la anterior regla, como sería considerar para la elaboración de la lista de elegibles el "área" registrada por el aspirante en el formulario al momento de la inscripción, implicaría el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales de los aspirantes, lo cual implicaría la transgresión de la "ley del concurso".

D. Lista de elegibles en firme frente a los servidores provisionales en condición especial de vulnerabilidad

Según ha señalado la Sala,²⁵ la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida en que surte un efecto inmediato y directo de naturaleza subjetiva respecto de cada uno de los destinatarios, y crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que conforman la lista. Una vez conformada la lista de elegibles, las personas allí señaladas que ocupan el primer lugar tienen el derecho adquirido a ser nombradas en el cargo correspondiente, materializándose así el principio constitucional del mérito para acceder a los cargos públicos.

Para el caso de la Fiscalía General de la Nación, los artículos 66 y 67 de la ley 938 de 2004 siguen los criterios antes expuestos en cuanto establecen:

"Artículo 66. Registro de elegibles. Con base en los resultados del concurso se conformará el registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años.

Artículo 67. Provisión de los cargos. Se efectúa en estricto orden descendente con quienes ocupen los primeros puestos en el registro de elegibles."

Ahora bien, dado que algunos cargos convocados a concurso están siendo ocupados por servidores provisionales en condición especial de vulnerabilidad (madres y padres cabeza de familia, prepensionados y discapacitados), la jurisprudencia constitucional ha resuelto la tensión existente entre los derechos de estas personas y los de quienes ocupan el primer lugar en la lista de elegibles a favor de estos últimos, ratificándoles su derecho prevalente a ser nombrados. En efecto, los servidores en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, la cual "cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos."²⁶

No obstante, ello no significa que las personas en condición especial de vulnerabilidad que ocupan cargos provisionales no estén cobijadas por una protección constitucional según se deriva de la sentencia SU - 446 de 2011, reiterada en la sentencia T - 272 de 2012, que en lo pertinente señaló:

"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la

entidad que dichas personas, de **ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando". (Negrilla textual)

Sin embargo, establecida la estabilidad intermedia²⁷ de los cargos en provisionalidad de los funcionarios en condición especial de vulnerabilidad, la Corte se abstuvo de amparar sus derechos porque, a pesar de ser sujetos de especial protección, "no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo." Se expresó así la Corte:

"En el caso de los provisionales que son sujetos de especial protección, si bien la Corte **no concederá la tutela** porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010". (ibídem)

La jurisprudencia constitucional transcrita es plenamente aplicable al caso consultado y, por consiguiente, los aspirantes que ocupan el primer lugar en la lista de elegibles tienen el derecho adquirido a ser nombrados en los cargos correspondientes. Si alguno de dichos cargos está siendo ocupado por un servidor provisional en condición especial de vulnerabilidad, la Fiscalía General de la Nación deberá desvincularlo mediante acto administrativo motivado y, de ser posible, nombrarlo de manera provisional en un cargo vacante de la misma jerarquía del que venía ocupando, mientras se realiza el concurso correspondiente a ese cargo.

Finalmente se observa que nombrar en este caso a personas distintas de las que integran la lista de elegibles, o hacer los nombramientos quebrantando el orden de precedencia o para plazas distintas de las convocadas, implicaría el desconocimiento de las reglas del concurso (el de las plazas a proveer) y flagrante violación de terminantes mandatos constitucionales. Esta doctrina ha sido expuesta por la Sala desde el concepto 1976, acogida por la Corte Constitucional en la sentencia SU - 446 de 2011 que dice así:

"6.4. ...la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, (...) en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos **específicamente convocados y no otros**, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad. (.0

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos; el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso **y no para otros**, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: **el de las plazas a proveer**. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar **sólo** las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros ...

¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer **únicamente** las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan **estrictamente** a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación.

Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión" (Negritas de la Sala).

III. LA SALA RESPONDE:

1. *"Criterio que debe adoptar la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación para conformar los registros definitivos de elegibles, en el sentido de definir si se elaboran en consideración al 'Grupo' conforme a la disciplina académica del aspirante o si, además del grupo, debe tenerse en cuenta el 'Área' registrada por los aspirantes al momento de la inscripción".*

Deben seguirse de manera estricta las bases del concurso que sirvieron para hacer las convocatorias 01 a 015 de 2008, donde se señala que para la conformación del registro de elegibles solo se consideraría el grupo para el cual se inscribió el aspirante.

2. *"Mecanismo o dispositivo que debe adoptar la Fiscalía para no lesionar los derechos de los servidores en condición especial de vulnerabilidad que ocupan cargos en provisionalidad que deben ser provistos con los aspirantes ubicados en el primer lugar del registro definitivo de elegibles".*

Los aspirantes que ocupan el primer lugar en la lista de elegibles tienen el derecho adquirido a ser nombrados en el cargo correspondiente. Si alguno de estos cargos está siendo ocupado por un servidor provisional en condición especial de vulnerabilidad, la Fiscalía General de la Nación deberá desvincularlo mediante acto administrativo motivado y, de ser posible, nombrarlo de manera provisional en un cargo vacante de la misma jerarquía del que venía ocupando, mientras se realiza el concurso correspondiente a ese cargo.

"Viabilidad de proveer los cargos convocados en las Áreas en que las necesidades actuales de la entidad los requieren, sin disminuir el número de plazas convocado en cada uno de los Grupos pero con una distribución diferente por dependencia."

La provisión de los cargos en áreas diferentes a las establecidas en la convocatoria desconocería las reglas del concurso y, por ende, violaría claros mandatos constitucionales según se expuso en las consideraciones de este concepto.

Remítase a la señora directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República.

✓ La Corte Constitucional profirió la sentencia SU-446 de 2011

*(..) **PRIMERO.** - En razón del efecto inter comunis de este fallo, ENTÍENDASE como **servidores de carrera de la Fiscalía General de la Nación** y en virtud de las convocatorias que efectuó la entidad en el año 2007, sólo aquellas personas que **fueron nombradas según el registro de elegibles contenidos en el Acuerdo 007 de 2008 y actos complementarios**, con observancia estricta de la regla referente al número de plazas por proveer, según cada una de las convocatorias.*

SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, **ENTIÉNDASE** como servidores en provisionalidad, además de los que no concursaron y se mantienen en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación, todas aquellas personas que fueron nombradas por hacer parte del registro de elegibles contenidos en el Acuerdo 007 de 2008 y actos complementarios, pero sin sujeción a la regla del número de plazas a proveer, en los términos de cada una de las convocatorias. Estos servidores seguirán vinculados a la entidad hasta tanto sus cargos sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010, es decir, que se requerirá resolución motivada para su desvinculación.

TERCERO.- **ORDÉNASE** a la Fiscalía General de la Nación **VINCULAR** en forma provisional, **en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007**, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

CUARTO. - **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de la Sala de Decisión de Tutela de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, proferida dentro del expediente T-2.701.828, Demandante: Robinson González Pérez, en la medida en que le asistía el derecho a ocupar un cargo en propiedad de Asistente de Fiscal IV.

QUINTO. - **CONFIRMAR** las sentencias de las Salas de Decisión de Tutela de la Sala Penal y de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, proferidas dentro de los expedientes T-2.700.019, Demandante: Bolivia Renza Bacca; T-2.734.433. Demandante: Reinaldo de Jesús Gómez Muñetón y T-2.743.538. Demandante: Gloria Nelly Delgado Castañeda. No obstante, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, estos accionantes sean nombrados en provisionalidad hasta tanto sus cargos se provean en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

SEXTO. - **REVOCAR** la sentencia proferida por la Sala de Decisión de Tutela de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente T-2.701.827, Demandante: Luz Alieth Molina Raigosa, que tuteló sus derechos fundamentales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En el evento en que esta demandante esté ocupando un cargo de carrera con desconocimiento de la regla del número de cargos a proveer, de conformidad con la convocatoria en la que concursó, continuará vinculada a la entidad, pero con carácter provisional, hasta tanto el cargo que ocupe sea provisto en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

SÉPTIMO.- **CONFIRMAR** por las razones expuestas en esta providencia, las sentencias de las distintas Salas de Decisión de Tutelas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, proferidas dentro de los expedientes T-2.701.934, Demandante: Mauro de Jesús Ávila Tibatá; T-2.643.464, Demandante: Nelson Triana Cárdenas; T-2.648.563, Demandante: Joaquín González Bohórquez;

T-2.699.927 Demandante: Cielo del Pilar Bonilla Arias; T-2.656.968, Demandantes: Luisa Gineth Pinto Ochoa y Gloria Mariño Quiñónez; T-2.699.804, Demandante: Beatriz Alicia Idarraga Piedrahita y T-2.667.567 Demandante: Ronit Janet Caldas Rueda, que denegaron la protección de sus derechos de acceso a un cargo público, debido proceso e igualdad.

No obstante, si estos accionantes fueron nombrados en la entidad por hacer parte del registro de elegibles contenido en el Acuerdo 07 de 2008 y actos complementarios, pero sin sujeción a la regla del número de plazas a proveer, en los términos de cada una de las convocatorias, seguirán vinculados a la entidad hasta tanto sus cargos sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

OCTAVO. - CONFIRMAR el fallo proferido dentro del expediente T-2.707.718, por la Sala de Decisión de Tutela de la Sala de Casación Penal, que amparó los derechos al debido proceso y a la igualdad en el acceso a cargos públicos del señor Tomás Florentino Serrano Serrano, en relación con la actualización del registro de elegibles.

NOVENO. - ORDENAR a la Fiscal General de la Nación que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y los que se encuentren vacantes, incluidos los cargos permanentes y transitorios creados por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 122 de 2008. En dicho concurso o concursos, la Comisión de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, al definir los factores de calificación, tendrá en cuenta la experiencia en el tipo de funciones a desempeñar.

En todo caso, en un término máximo de dos (2) años contados a partir de la notificación de esta sentencia, la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado dichos concursos y provisto los respectivos cargos.

DÉCIMO. - La Sala Plena de la Corte Constitucional hará un seguimiento estricto del cumplimiento de las órdenes contenidas en la presente providencia. (...)

- ✓ Mediante Decreto Ley 020 de 2014 se efectuó la clasificación de los empleos y se expidió el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas y con ocasión del mismo, la estructura orgánica y funcional de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación sufrió ajustes que debieron ponerse en práctica una vez el Fiscal General de la Nación implementó la nueva estructura de la entidad a través de la Resolución No. 0-0467 del 01 de abril de 2014
- ✓ El régimen salarial y prestacional de la fiscalía está reglamentado en las siguientes normas
 - Decreto 0989 del 2017 Departamento de la Función Pública Por medio del Cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la fiscalía general de la Nación.
 - Decreto 1015 del 2017 Departamento de la Función Pública del 09 de junio de 2017 donde se ajusta la bonificación judicial de que habla el Decreto 020 de 2014.
 - Decreto 1087 del 2015
 - Decreto 22 de 2014
 - Decreto 219 de 2016

- Decreto 341 de 2018
 - Decreto 343 de 2018
 - Decreto 989 del 2017
 - Liquidaciones de los años 2015 ,2016 y 2017.
- ✓ La comisión de carrera especial de la fiscalía general de la nación expidió la lista de elegibles en un primer momento, mediante acuerdos 0026 a 0040 del **13 de julio de 2015**²⁶ de las Convocatorias Nos. 001 a 015 de 2008 del concurso de méritos del Área Administrativa y Financiera del año 2008.

Mediante acuerdo 0027 del 13 de julio de 2015 se conformó la lista de elegibles y en el puesto # 41 de 47 se encontró el señor GUIDO ENRIQUE MOSQUERA ORDOÑEZ para proveer el cargo de profesional especializado I (hoy PROFESIONAL ESPECIALIZADO II), este acuerdo fue motivo de modificación.

ACUERDO	FECHA	PUESTO OCUPADO
Acuerdo No. 0011	30/03/2017	42
Acuerdo No. 0028	03/05/2017	43
Acuerdo No. 0034	09/05/2017	44
Acuerdo No. 0049	25/05/2017	46
Acuerdo No. 0062	06/06/2017	47
Acuerdo No. 0063	07/06/2017	47

- ✓ Los movimientos que tuvo el señor GUIDO ENRIQUE MOSQUERA ORDÓÑEZ en las diferentes listas fueron ocasionados por el cumplimiento de diversas órdenes judiciales emitidas como resultado de acciones de tutela impetradas por otros participantes.
- ✓ Mediante acuerdo 0028 del 13 de julio de 2015 se conformó la lista de elegibles y en el puesto # 17 de 63 se encontró el señor GUIDO ENRIQUE MOSQUERA ORDOÑEZ para proveer el cargo de profesional UNIVERSITARIO III (hoy PROFESIONAL DE GESTIÓN III), este acuerdo fue objeto de modificación.

²⁶ el 13 de julio de 2015, se publicaron en la página web de esta Entidad www.fiscalia.gov.co, los Acuerdos Nos. 0026 a 0040 de 2015, mediante los cuales la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación conformó las Listas de Elegibles Definitivas de las Convocatorias Nos. 001 a 015 de 2008 del concurso de méritos del Área Administrativa y Financiera del año 2008,

ACUERDO	FECHA	PUESTO OCUPADO
Acuerdo No. 0012	30/03/2017	18
Acuerdo No. 0029	03/05/2017	19
Acuerdo No. 0051	25/05/2017	20
Acuerdo No. 0100	18/12/2017	20

- ✓ El 4 de enero de 2016 mediante resolución 00014 la fiscalía general de la Nación nombro al señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez en el cargo de PROFESIONAL DE GESTIÓN III (Magdalena Medio) por haber ocupado el puesto 17.
- ✓ El 13 de junio de 2016 mediante resolución 1769 la fiscalía general de la nación revoco el nombramiento en periodo de prueba del señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez porque no acepto.
- ✓ El 16 de enero de 2017 el tribunal Administrativo de Cundinamarca sección tercera subsección “A” radicado 2016-2498 amparo el derecho fundamental de acceso a cargos públicos del señor GUIDO ENRIQUE MOSQUERA ORDOÑEZ en relación al cargo de profesional especializado I (hoy PROFESIONAL ESPECIALIZADO II) y ordeno a la fiscalía general de la Nación para que en el término de 20 días en estricto orden de mérito y de forma descendiente y garantizado los derechos de los sujetos de especial protección constitucional realice el nombramiento de las personas que se encuentren en la lista de elegibles hasta llegar al puesto 41 que ocupa el señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez dentro del concurso.
- ✓ El 22 de febrero de 2017 mediante resolución 0-0635 fue nombrado en periodo de prueba el señor GUIDO ENRIQUE MOSQUERA ORDOÑEZ en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO II.
- ✓ El 22 de mayo de 2017 según acta 0271 el SEÑOR GUIDO ENRIQUE MOSQUERA ORDOÑEZ se posesiono en periodo de prueba en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO II.
- ✓ El 20 de diciembre de 2018 mediante resolución 1551 fue nombrado en propiedad el señor GUIDO ENRIQUE MOSQUERA ORDOÑEZ en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO II.
- ✓ El 28 de enero de 2019 según acta 000026 el señor se posesiono en propiedad en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO II.
- ✓ El 1 de marzo de 2019 mediante resolución 0007 fue inscrito el señor GUIDO ENRIQUE MOSQUERA ORDOÑEZ en el registro público de carrera RPIC de la Fiscalía general de la nación.

- ✓ Según historial laboral del señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez laboro en la Contralora General de la República desde el 03/01/2002 hasta el 21/05/2017 con una asignación mensual de \$4´225.175.

2.3.2. Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

¿Debe responder la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por el presunto retardo injustificado en el nombramiento del señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez en el cargo de PROFESIONAL DE GESTIÓN II?

La respuesta es afirmativa por las razones que se exponen a continuación.

Alega el demandante que sufrió perjuicio económico debido a que la demandada no lo nombró dentro de los 20 días siguientes a la expedición de la lista de elegibles, pues se encontraba dentro de los posibles puestos disponibles para ocupar el cargo en la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pesar de haber surtido todo el trámite del concurso para ello.

Si bien hay pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que analizan y verifican como injustificada la demora en el nombramiento de los cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación²⁷, cada situación en particular se debe analizar.

Sea lo primero indicar entonces que frente a los días que tenía la Fiscalía para hacer los nombramientos, son 20 días hábiles²⁸:

“de conformidad a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado sobre el asunto, la Ley 938 del 2004 no consagra un término para que la Fiscalía, existiendo la lista de elegibles, efectúe el nombramiento, no obstante el artículo 40 del Decreto Ley 020 del 2014, que en principio podría decirse que no regula la convocatoria (...) del 2008, resulta aplicable por analogía, por cuanto determina el plazo que las normas anteriores no contemplaban, a saber, el plazo para la designación de quienes se encuentran en el registro de elegibles. De acuerdo con lo anterior, es evidente que la Ley 938 del 2004 adolece de un vacío legal en lo concerniente al plazo para el nombramiento de los integrantes de la lista de elegibles, por lo que tampoco es procedente que no se de aplicación del artículo 40 del Decreto Ley 020 del 2014, de acuerdo con la posición asumida por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia”

Revisado el expediente tenemos que la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN una vez expidió la lista definitiva de elegibles el 13 de julio de 2015, efectuó dentro de los 20 días siguientes parte de los nombramientos en período de prueba, de acuerdo con el número de cargos ofertados.

En el caso del demandante Guido Enrique Mosquera Ordoñez tenemos que el señor participó para dos cargos, ocupando un puesto significativo dentro los cargos ofertados.

²⁷ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B - Magistrado Ponente: HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN - Bogotá, D.C., D. (19) de junio dos mil diecinueve (2019) - Radicado: 11001 – 33 – 36 – 031 – 2017 – 00311 – 01 - Actor: B.C.C. - Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA - Instancia: SEGUNDA - Trámite: ORALIDAD

²⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B- MAGISTRADO: FRANKLIN PÉREZ CAMARGO Bogotá, 24 de septiembre de 2020 Expediente: 110013336031 2018 000199 01 Demandantes: Beatriz Torres Chávez Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación Asunto: Sentencia de segunda instancia Medio de control de reparación directa

- ✓ Para el cargo de profesional UNIVERSITARIO III (hoy PROFESIONAL DE GESTIÓN III) el puesto # 17 de 63
- ✓ Para el cargo de profesional especializado I (hoy PROFESIONAL ESPECIALIZADO II) el puesto # 41 de 47.

Aunque dichas listas fueron objeto de modificación por otros acuerdos del año 2017 en razón al cumplimiento de acciones de tutela y en consideración a personas en estado de vulnerabilidad, para el caso que nos ocupa la lista del año 2015 se mantuvo, es decir que los nombramientos debieron efectuarse a más tardar el 12 de agosto de 2015.

Se llega a esta conclusión pues a pesar del vacío normativo que presentaba la convocatoria, y que sin lugar a dudas dio pie a que se presentara una situación a todas luces contraria al espíritu del sistema de carrera administrativa, cualquiera sea su régimen, consistente en que personas que conformaban la lista de elegibles solo fueron nombradas hasta pasados 2 años de la firmeza del acto, lo cierto es que el deber de la entidad era proceder a la brevedad a realizar los respectivos nombramientos y no valerse de tales vacíos para atentar con el mérito y entonces postergar *ad infinitum* la materialización de los derechos adquiridos por los participantes que se encontraban en los primeros puestos de las referidas listas de elegibilidad.

El derecho de las cosas era que, ante la presencia de un vacío de esta naturaleza, la entidad procediera de inmediato a realizar los nombramientos, pues esta es la única interpretación válida a la que se puede llegar si se tiene en cuenta que el derecho al acceso a cargos públicos es de rango constitucional y adicional a ello, tiene el carácter de fundamental, por lo que no se puede postergar su satisfacción sino en virtud de limitaciones debidamente reglamentadas a través de ley estatutaria. Si se tiene en cuenta esto, fácilmente se arriba a la conclusión de que no existía en realidad vacío que hubiese que llenar con una norma, aplicable o no, al proceso de selección, pues estando ante un derecho fundamental, su satisfacción se imponía como inmediata.

Por ello bajo ninguna perspectiva interpretativa puede tenerse como legítima una demora de uno o dos años en realizar un nombramiento; por el contrario, tal hecho habla con elocuencia de la falla del servicio en que incurrió la demandada.

Descendiendo al caso concreto, resulta que el 4 de enero de 2016 mediante resolución 00014 el señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez fue nombrado para ocupar el cargo de PROFESIONAL DE GESTIÓN III (Magdalena Medio) Sin embargo, dicho nombramiento tuvo que ser revocado el 13 de junio de 2016 mediante resolución 1769 porque el señor no aceptó el cargo (5 meses y 9 días)

Es decir que por el anterior periodo de tiempo la demandada no podía considerar al señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez como posible candidato para ser nombrado en el otro cargo para el cual había concursado.

Encontrando el despacho que este tiempo es justificante para no considerar nombrar al demandante en el otro cargo para el cual había concursado.

Finalmente, el 22 de febrero de 2017 mediante resolución 0-0635 se efectuó su nombramiento en periodo de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de profesional especializado I (hoy PROFESIONAL ESPECIALIZADO II), es decir que pasó más de un año después de la publicación de la primera lista de elegibles definitiva publicada.

Entonces tenemos que la falla se encuentra demostrada pues el señor Guido Enrique Mosquera Ordoñez debió ser nombrado entre julio y agosto de 2015 y esto solo ocurrió el 22 de febrero de 2017, es decir que transcurrieron 18 meses y 10 días de los cuales solo se justifican 5 meses y 9 días para un total de 13 meses y un día, que no tienen ninguna justificación.

La certeza frente al daño también deviene clara en que la referida tardanza implicó que durante ese tiempo no pudo acceder al cargo público al que tenía derecho y por ende no pudo recibir el salario al que todo trabajador en situaciones normales tiene derecho a recibir, daño que en el caso de una persona que no hubiese tenido empleo en ese lapso de tiempo, sería equivalente al 100% del salario, pero que para el caso concreto, en el que se acreditó que el señor Mosquera sí trabajó en la Contraloría General de la República, implica la reducción del valor a reconocer teniendo en cuenta la diferencia salarial entre el cargo que debía ocupar en la Fiscalía General de la Nación y el cargo que en efecto ocupó en la Contraloría tal y como a continuación se tasará.

El nexo de causalidad entre la falla y el daño salta a la vista pues nada diferente a la conducta omisiva de la demandada logra explicar con razonabilidad el daño causado.

Por lo anterior, se observa que los elementos de la responsabilidad se encuentran debidamente acreditados.

2.4. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

El perjuicio material en la modalidad de **lucro cesante** es la ganancia o provecho que el actor dejó de percibir como consecuencia del evento dañoso.

Según el Código Civil es la ganancia o el provecho que deja de reportarse (art. 1614). Este daño como cualquiera otro debe indemnizarse, si se prueba, y únicamente respecto de lo causado. La explicación que se da a esa regla se apoya en otro principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del perjuicio realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima; por ello el daño es la medida del resarcimiento.

Para que haya lugar a la reparación de un perjuicio es necesario que la existencia de aquel se encuentre debidamente probada en el proceso y que el mismo sea cierto, es decir, que no sea meramente eventual o hipotético.

Los perjuicios materiales se deben realizar desde el momento en que Guido Enrique Mosquera Ordoñez debía ser nombrado en el cargo de profesional especializado I (hoy PROFESIONAL ESPECIALIZADO II) de la planta global de la Fiscalía General de la Nación.

El reconocimiento corresponde a la diferencia del salario que el señor devengaría en la Fiscalía y al salario que percibía en la Contraloría General.

		FISCALÍA	CONTRALORÍA	DIFERENCIA
El 13 de agosto de 2015 al 3 de enero de 2016	18 días de agosto de 2015	\$ 4.320.450 (los 18 días \$2'592.270)	\$ 3.920.548 (los 18 días \$2'276.448)	\$315.822
	Septiembre de 2015	\$ 4.320.450	\$ 3.920.548	\$399.902

	Octubre de 2015	\$ 4.320.450	\$ 3.920.548	\$399.902
	Noviembre de 2015	\$ 4.320.450	\$ 3.920.548	\$399.902
	Diciembre de 2015	\$ 4.320.450	\$ 3.920.548	\$399.902
	3 días de Enero de 2016	\$ 4.656.149 (3 días son 465.615)	\$4.225.175 (3 días son \$408.888)	\$56.727
4 de enero de 2016 al 13 de junio de 2016		Periodo que se justifica en no ser nombrado en el cargo para el cual finalmente quedo		
14 de junio de 2016 al 22 de febrero de 2017	16 días de Junio de 2016	\$ 4.656.149 (16 días son \$ 2. 483. 280)	\$ 4.225.175 (16 días son \$2.253.427)	\$229.853
	Julio de 2016	\$ 4.656.149	\$ 4.225.175	\$430.974
	Agosto de 2016	\$ 4.656.149	\$ 4.225.175	\$430.974
	Septiembre de 2016	\$ 4.656.149	\$ 4.225.175	\$430.974
	Octubre de 2016	\$ 4.656.149	\$ 4.225.175	\$430.974
	Noviembre de 2016	\$ 4.656.149	\$ 4.225.175	\$430.974
	Diciembre de 2016	\$ 4.656.149	\$ 4.225.175	\$430.974
	Enero de 2017	\$ 4.970.440	\$ 4.510.375	\$ 460.065
	22 días de Febrero de 2017	\$ 4.970.440 (22 días son \$3. 644. 990)	\$ 4.510.375 (22 días son \$3´543.866)	\$101.124
Total, de condena por salarios				\$ 5.349.043

Frente a las prestaciones adicionales

	FISCALÍA	CONTRALORÍA	DIFERENCIA
Año 2015	20.314.523	12.137.818	8.176.705
Año 2016	24.421.642	13.075.515	11.346.127
Año 2017	26.176.895	17.177.096	8.999.799
TOTAL DE PRESTACIONES ADICIONALES.			28.522.631

Las sumas deben ser actualizadas utilizando las fórmulas de indexación partiendo de un índice inicial el correspondiente al mes de la sentencia o el mes anterior y como índice inicial la fecha en que fue nombrado en la fiscalia.

Salarios	\$ 5.349.043
Primas	28.522.631
Total	\$ 33.871.674

Ra =	R	$\frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$
	R =	Suma a actualizar
		Indice final = septiembre de 2023
		Indice inicial = febrero de 2017
	Ra =	\$ 48.679.669,36

2.5. CONDENA EN COSTAS:

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad **no hay lugar a imponer condena en costas**, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes. Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual *"Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*, situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declárense no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

SEGUNDO: Declárese administrativamente responsable a la Nación - fiscalía general De La Nación, por los perjuicios ocasionados Guido Enrique Mosquera Ordoñez, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia

TERCERO: Condénese a la Nación - fiscalía general De La Nación a indemnizar los perjuicios causados a **Guido Enrique Mosquera Ordoñez** por la suma de \$ **48.679.669,36 correspondiente a lucro cesante**.

CUARTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Expídanse por la Secretaría copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso.

SÉPTIMO: Por secretaría líbrense las comunicaciones necesarias para el cumplimiento de este fallo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 203 del CPACA y 329 del CGP

OCTAVO: Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA

NOVENO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, las sumas indemnizadas en la presente providencia devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF hasta por el término de diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 del CPACA o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral 3 del artículo 195 ibídem, lo que ocurra primero. No obstante, si transcurrido este tiempo, la entidad no ha realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


OLGA CECILIA HENAO MARÍN
Juez

NNC

Firmado Por:
Olga Cecilia Henao Marin
Juez
Juzgado Administrativo
034
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0eb2f268353883dd2913a684c86997d79e59e192b03b3a469502049e314db084**

Documento generado en 07/11/2023 08:26:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>