



**JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Tercera**

CIUDAD Y FECHA	Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil vestidos (2022)
REFERENCIA	Expediente No. 11001333603420190004400
DEMANDANTE	DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRIGUEZ
DEMANDADO	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
MEDIO DE CONTROL	REPARACION 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 **DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRIGUEZ** contra FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. ANTECEDENTES:

1.1. La DEMANDA

DEMANDANTES	CALIDAD
DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRIGUEZ	víctima

1.1.1. PRETENSIONES

"PRIMERA. La NACIÓN- FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ 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 general, esto es, la **Ley 909 de 2004**, "Por el cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones" que en el **numeral 2° de su artículo 3°** dispone que:"(...) 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 públicos de las carreras especiales tales como: (...) **Fiscalía General de la Nación**(...).

Con base en esta última normativa, se expidió el **Decreto 1227 de 2005**, el cual en el artículo 32 establece: "(...) 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) hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en periodo 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 adscritas", teniendo en cuenta que el artículo 40 del Decreto 020 del 2014 estipula: Artículo 40: Nombramiento en Periodo de Prueba: En firme la lista de elegibles, La Comisión de Carrera Especial respectiva le enviara al nominador para que en estricto orden de mérito, proceda a efectuar el nombramiento del aspirante en periodo 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 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 NACION- FISCALIA 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 y 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 la administración que realiza una norma legal que modifica por tanto el ordenamiento jurídico; pero, la actuación material consistente en la ejecución de ese acto, es una operación administrativa v si ésta se produce en forma tardía v 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."1 (Se subraya), los cuales se estiman como mínimo en la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS DOCE PESOS MCTE (\$231.084.712) a lo que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto, en forma genérica, como se describió en el punto de las pretensiones el valor único cobrado estimado en esta demanda es: DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS DOCE PESOS MCTE (\$231.084.712).

TERCERA. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., 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 Y 297 Y 298 del C.P.A.C.A."

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

1.1.2.1. 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 en el **año 2008 abrió el Concurso Abierto de Méritos** del Área Administrativa y la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ se inscribió, participó y ganó en **CONVOCATORIA 014 Grupo 3 en el cargo de ASISTENTE I** superando cada etapa del Concurso Público

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

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.

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, DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ apareció dentro del grupo de elegibles de las CONVOCATORIAS las cuales son; ACUERDO 038 de 2015, Convocatoria 014 Grupo 03 del año 2008 en el cargo de Asistente I.

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 a la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ, 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 nombrarla después de la publicación de la lista de elegibles, entonces la demandada incumplió con el plazo legal que tenía para notificar y para nombrarlo.

1.1.2.7. De acuerdo a comentarios de oídas de amigos que se presentaron a la misma convocatoria le manifestaban que habían instaurado diferentes tutelas a partir de comienzos del año 2017 en contra de la entidad por el retardo injustificado por parte de la entidad en los nombramientos, teniendo en cuenta que se vencían las listas de elegibles en el mes de Julio de 2017², pero en el caso de DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRIGUEZ fue nombrado por orden de elegibilidad según notificación enviada por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN el día **12/07/2017 mediante resolución No.0-02431** aunque con retardo injustificado por parte de la entidad demandada.

1.1.2.8. El día 12 de Julio de 2017, mediante resolución No. 0-02431, se efectuó el nombramiento en la planta global de la Fiscalía General de la Nación de la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ por lo que se observa que transcurrieron dos (02) años después de la publicación de la lista de elegibles definitiva publicada el 13 de Julio de 2015, por lo que se concluye que la demandada no realizó las gestiones pertinentes para que el nombramiento de las personas que hacen parte de la lista de elegibles sea de forma célere y eficiente garantizándoles el acceso a los cargos públicos, generando un retardo injustificado en los nombramientos de los participantes máxime cuando dicha lista perdió su vigencia el 13 de julio de 2017.

1.1.2.9. 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 señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ desde el 14 de Agosto de 2015 hasta el día de su nombramiento **12/07/2017** compuesta por sueldo básico, bonificación judicial, remuneraciones,

² La lista de elegibles de las Convocatorias del 01 al 015 conferidos en los presentes actos, tendrá una vigencia de dos años (2) de conformidad con las normas de la convocatoria, la cual se contará a partir del día siguiente a la fecha de publicación del siguiente acuerdo.

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
FISCALIA 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 de la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ, pues el daño no existe y las excepciones deben prosperar

No se presentó un retardo injustificado de su nombramiento en provisionalidad, a pesar de haber superado el concurso de méritos que se adelantó por la entidad mediante convocatorias del 2008, concretamente la convocatoria 014 - grupo 3 - CARGO ASISTENTE I- y ocupar en la lista de elegibles para este cargo el puesto No. 38.

Propuso como **excepciones** las siguientes:

CONTENIDO	Oposición de la parte actora
<p>CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL</p> <p>Teniendo en cuenta lo establecido para el medio de control de reparación directa, habrá de indicarse que el término para presentar este medio de control de acuerdo con lo establecido en el artículo 164 literal i) de la Ley 1437 de 2011.</p> <p>Por lo tanto, para determinar el momento a partir del cual debe empezar a contarse el término para presentar el medio de control referenciado resulta necesario precisar la causa del daño que se aduce, indagación que implica, a su vez, establecer cuáles son los hechos que se señalan como integradores de esa causa, la materialización del daño producido por esos hechos y, en algunos eventos, el momento en el cual la parte actora tuvo o debió tener conocimiento de ese daño.</p> <p>Determinado lo anterior, y en lo que tiene que ver con el caso concreto se tiene lo siguiente:</p>	<p>CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL</p> <p>Ahora bien, teniendo en cuenta que, como se ha afirmado en múltiples oportunidades, EL CONSEJO DE ESTADO "el <i>daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria</i>", es jurisprudencia consolidada de la Corporación que en los casos en los cuales la generación o la manifestación de este no coincide con el momento en que se produjo el hecho causante, el término de caducidad debe empezar a contarse a partir de la existencia o de la manifestación fáctica de aquél. Sin embargo, en consonancia con la razón de ser de dicho término, la misma Corporación ha fijado reglas claras para la determinación del momento a partir</p>

> Tal y como se observa en el hecho QUINTO y SEXTO, la demandante apareció dentro del grupo de la lista de elegibles publicada el 13 de julio de 2015 para las CONVOCATORIAS del 2008, entre ellas ACUERDO 039 de 2015.

> 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 a mi poderdante, ya que se le había vencido el plazo a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN de los 20 días hábiles de plazo que tenían para nombrarla después de la publicación de la lista de elegibles, entonces la demandada incumplió con el plazo legal que tenía para notificar y para nombrarlo.

Visto lo anterior, se plantea al honorable Despacho la interpretación que apuntan a la caducidad del medio del control así:

Primera hipótesis: Considerando que el hecho supuestamente dañoso, lo hace consistir la demandante en la omisión de la entidad de nombrarla dentro de los 20 días siguientes a la publicación de lista definitiva de elegibles y por ello su pretensión resarcitoria parte del 12 de agosto de 2015, fecha según la cual debió ser nombrada en periodo de prueba y la entidad omitió hacerlo, el medio de control de Reparación Directa estaría caducada toda vez, que la demandante disponía hasta el 13/08/2017 para haber agotado requisito de procedibilidad y presentado la demanda bajo este medio control, no obstante se acreditó en el proceso que la solicitud de conciliación fue presentada hasta el 18/12/2018, cuando ya el término de 2 años había fenecido.

En conclusión, ni siquiera hubo suspensión del término de caducidad en tanto se acredita, que cuando se hizo la solicitud de audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría delegada ante el Tribunal de Bogotá, es decir, el 19/03/2019, ya había operado la caducidad del medio de control de reparación directa.

del cual debe empezar a computarse. En efecto, en estos casos se ha establecido que el término de dos años previsto en la ley positiva no podrá empezar a contabilizarse a partir *del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa.*

En los casos de las demandas indemnizatorias de daños causados por situaciones de falla en el servicio debe tenerse en cuenta que, por una parte, estas no se producen por cuenta de una sola actuación sino que, por lo general, son el resultado de hechos y omisiones sucesivas y, por la otra, que si bien los daños cuya reparación se pretende pueden empezar a presentarse aun antes de que cesen las manifestaciones de negarse a nombrar a mi defendida, el consolidado de los mismos sólo puede establecerse hasta este último momento.

En efecto, sobra decir que, en tanto se manifiesta a través de múltiples actuaciones, el retardo injustificado en el nombramiento es, por regla general, un hecho dañoso que se prolonga en el tiempo, es decir, es de aquéllos que se han denominado de tracto sucesivo, lo cual, en principio, generaría daños de la misma naturaleza como sería la afectación constante del acceso a cargos públicos y la víctima que continuaría produciéndose mientras no cesen las condiciones laborales hostiles, por ejemplo, el estrés laboral-, aunque no necesariamente en tanto que, como lo pondría de presente la situación puesta a consideración de la Sala, bien puede ocurrir que con el mismo se generen daños de ejecución instantánea -como sería el consistente en dejar de percibir un salario por cuenta del retardo en el nombramiento solicitado para poner fin a la situación-.

	<p>De acuerdo con lo anterior se debe tener en cuenta es la fecha en que cesó el daño esto sería la fecha en que se posesionó mi defendida por lo tanto la fecha en que empieza a computarse la caducidad del medio de Control es el 22 de Marzo de 2017 fecha en que se posesionó del cargo y porque cesó el daño causado por parte de la entidad.</p>
<p>INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO Y AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO.</p> <p>La demandante hace constar ese daño en la omisión de la entidad por no efectuar su nombramiento dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la lista definitiva de elegibles para la convocatoria 014 de 2008, la cual tuvo ocurrencia el 13 de julio de 2015. Sin embargo, lo que se observa es que la demandante efectivamente fue nombrada antes de expirar la vigencia de lista de elegibles, lo cual no es ni ilegal, ni injusto. Máxime que si lo pretendido es demostrar lo injusto de la demora en su nombramiento, de los hechos y las pruebas que pretende hacer valer en el proceso no se identifica los hechos de la FGN que hicieron irrazonable el plazo para su nombramiento.</p> <p>Considerando que la demandante fue posesionada para el 12 de julio de 2017, aun antes de perder vigencia la lista de elegibles no es posible admitir que en esa fecha tuvo conocimiento de la omisión de la administración y a partir de allí considerar la existencia del daño y sus consecuentes perjuicios.</p> <p>Aceptar la tesis planteada es tanto como dar por acreditada la posibilidad de hacer efectiva la lista de manera inmediata, cuando lo que se demuestra es que en virtud de varios fallos de tutela esa convocatoria de vio modificada; al tiempo que tampoco se demuestra en qué momento surge el derecho de la demandante para ser nombrada en periodo de prueba antes que lo hiciera la FGN.</p> <p>De lo anterior, se concluye que no existe manera de identificar la existencia del Daño, ni siquiera en su componente material, no sólo porque:</p> <ul style="list-style-type: none"> > Fue nombrada en vigencia de la lista de elegibles: > Sino porque no se tiene certeza, en qué momento surge su derecho a ser nombrada antes de la fecha en que fue posesionada por la FGN en periodo. <p>Es decir, que las actuaciones asumidas por la entidad específicamente en relación con la demandante, no afecta</p>	<p>EXISTENCIA DEL DAÑO Y FALLA EN EL SERVICIO</p> <p>Como lo manifesté en líneas atrás si existe el daño antijurídico y hay una falla en el servicio, por cuanto por cuanto la entidad demandada cuenta con una planta global y flexible y fueron varios los cargos convocados y una vez la lista de elegibles, la entidad tenía 20 días para efectuar la totalidad de los nombramientos en igual número de vacantes y no uno a uno, pues ello implica una demora injustificada, además el abogado de la entidad demandada no es certero en manifestar cuántos fueron los cargos convocados cuantos los cargos posesionados ni cuantos los cargos revocados ni tampoco menciona paso a paso cuál fue el procedimiento que realizaron para el nombramiento de mi defendida, por lo tanto radicare un derecho de petición solicitando pruebas que pretendo hacer valer dentro del proceso en referencia.</p>

ni genera daño; puesto que la entidad tenía la obligación de utilizar la lista de elegibles antes de la pérdida de su vigencia y solo podría hacerlo en favor de la demandante una vez naciera su derecho.

En consecuencia, la Fiscalía General, ha obrado en cumplimiento de su deber legal al nombrar y posesionar al demandante conforme al marco jurídico de la Ley 938 de 2004, en consideración a que la Entidad contó con un término de dos (2) años a partir de la publicación de la lista de elegibles para realizar los nombramientos, la cual estuvo vigente hasta el 13 de Julio de 2017, término éste durante el cual se nombró al demandante y por tanto está EXIMIDA de responsabilidad.

Por otro lado, debe indicarse que no está probado con la documental aportada por el actor con la demanda que hubo falta o fallas del servicio como TAMPOCO explica el demandante, concepto de violación o trasgresión de las normas aplicables, o el incumplimiento de las obligaciones a cargo de mi representada.

Así las cosas, puede concluirse que en este caso no se configuran los elementos de un DAÑO ANTIJURÍDICO, pues no está acreditada la ruptura de esa carga pública que el demandante no estaba en el deber jurídico de soportar. Máxime si tenemos en cuenta, que al funcionario se le nombró y posesionó, según el puesto que ocupó en el concurso de méritos dentro del término establecido en la Ley 938 de 2004 - normativa vigente al momento de la convocatoria.

Conforme a lo anterior, en el caso de estudio NO se demuestra que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos a DAMARIS FERRER

En cambio, atendidas las circunstancias procesales que rodearon los hechos se debe apreciar que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación estuvieron siempre sustentadas y ajustadas a las obligaciones legales según las previsiones legales contenidas en la Ley 938 de 2004.

La Fiscalía General de la Nación no podía proceder a efectuar el nombramiento del demandante de manera inmediata, toda vez que era necesario adelantar el trámite hasta agotar las vacantes ofertadas a través del concurso de méritos del 2008, en estricto orden de elegibilidad y de acuerdo con la metodología planteada para el efecto, en consideración a que la Entidad contaba con un término de dos (2) años a partir de la publicación de la lista de elegibles

para realizar los nombramientos, tal y como ocurrió con la demandante.

Sobre este aspecto, se resalta que alterar la lista de elegibles constituye una vulneración al derecho a la igualdad de todos aquellos que conforman el mencionado registro. En este punto, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-446 de 2011 indicó: "Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias".

De esta manera, es claro que la fiscalía general de la Nación ha adelantado el Concurso de méritos del 2008, así como los nombramientos derivados del mismo, de acuerdo con una estricta metodología que busca adelantar estos procesos en un plazo razonable y de conformidad con la normatividad aplicable, esto es, la Ley 938 de 2004.

lo anterior, debe tener en cuenta el Despacho que la demandante se le nombró dentro de los 2 años que establece el artículo 66 de la Ley 938 de 2004 como de vigencia de los Listados Definitivos de Elegibles.

Por lo que, el supuesto daño causado al demandante por mí representada no se ha demostrado ni se ha concretado pues como se ha indicado varias veces ya, el Régimen de Carrera aplicable para la época del concurso estableció un término diferente a los 2 años para nombrar a los concursantes, tal como lo establecía la vigencia de la Lista Definitiva de elegibles y que los cargos debían ser provistos antes del vencimiento de la misma. Situación que ocurrió con todos los participantes.

De hecho el supuesto daño por la mora o retardo en el nombramiento tampoco tiene cabida en atención a su nombramiento en el 2017, pues antes de esta fecha es claro que no le asistía ningún derecho, razón por la cual no le fueron tutelados sus derechos ante la reclamación que de ella hiciera - vía tutela.

Por lo anterior, ¿Cuál fue el daño antijurídico que no estaba en el deber de soportar el hoy demandante? Si como ya se indicó, la Entidad no podía tener vacantes 1716 cargos a la espera de la posesión de los concursantes pues tal

<p>exabrupto, afectaría considerablemente la prestación del servicio de la Entidad a nivel nacional.</p> <p>Del mismo modo, los cargos convocados no podían ocuparse, sin antes definir las provisionalidades existentes, es por ello que en la resolución del nombramiento de la demandante; no solo se le da acceso al periodo de prueba de la demandante; sino que se declara insubsistente a la servidora que ocupara ese cargo para poder posesionar a la demandante, procedimiento que debía realizarse previo el cumplimiento de los lineamientos indicados en la SU-446 de 2011 y en el Concepto del Consejo de Estado del 10/12/2013.</p> <p>así las cosas, la actual acción de reparación directa pretende y esconde, una clara finalidad de revivir vencimientos de términos de la acción que era la pertinente, si el demandante sintió transgredidos sus derechos, pues al momento de ser notificada de la negativa de la tutela, debió atacar la supuesta mora en el nombramiento a través de la acción pertinente.</p>	
<p>COBRO DE LO NO DEBIDO Y ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA</p> <p>El Decreto 1647 de 1967, en su artículo 1º establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios prestados. A su vez el artículo 2º ibídem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.</p> <p>Circular Externa 029 del 20 de noviembre de 2014, expedida por el Contralor General de la República, recuerda a los funcionarios públicos <i>"que la ausencia de prestación personal del servicio para el cual están vinculados por el Estado, no puede generar el reconocimiento de acreencias laborales y prestacionales, durante el lapso respectivo. (...) En los anteriores términos, resulta improcedente reconocer y pagar salarios por servicios no prestados efectivamente a la entidad, <u>pues ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento del patrimonio público de la administración pública.</u>"</i></p> <p>Finalmente, 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.</p>	<p>COBRO DE LO NO DEBIDO Y ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA:</p> <p>No es un cobro de lo no debido pues es el Despacho en últimas quien realiza la liquidación de la indemnización a cancelar además se debe tener en cuenta que la entidad al declararse responsable debe cancelar los sueldos y las prestaciones sociales que dejó de retribuir por el retardo injustificado, además en cuanto al detrimento del patrimonio público de la administración no le es dable al apoderado de la entidad demandada asegurar tal afirmación ya que existe la acción de repetición que la entidad obligatoriamente debe adelantar contra los funcionarios responsables que omitieron realizar su labor y retardar el nombramiento de mi defendida.</p>

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.	
GENÉRICA La que se encuentre probada de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA.	

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1. Demandante:

Reitera los hechos expuestos en la demanda precisando que la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRIGUEZ se presentó a la **convocatoria 014 grupo 3** para el cargo de asistente administrativo 1 hoy asistente I, ocupando el puesto 38 de los 42 cargos convocados, se centra en esta convocatoria.

La comisión de carrera mediante acuerdo 039 del 13 de julio de 2015 expidió el registro de elegibles y conforme a la ley 938 de 2004 indicó que la persona una vez elegida entraba en periodos de prueba por 3 meses, entonces la señora a más tardar debía ser nombrada el 12 de agosto de 2015 y mas si tenemos que la demandante ocupó el puesto 38, pero fue nombrada 23 meses siguiente, es decir el **12/07/2017** mediante resolución No.0-02431 y se posesionó el 9 de agosto de 2017, es decir se encuentra demostrada la falla.

La demandada no justificó porque se demoró en efectuar el nombramiento en los plazos previstos, las primeras 42 vacantes no fueron previstas de manera inmediata.

Los anteriores argumentos fueron expuestos en sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

1.3.2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Solicita se desestime las pretensiones de la demanda, pues no se configuran los elementos de la responsabilidad, en particular el daño, las reglas que siguió la entidad lo efectuó conforme al artículo 256 de la constitución, entonces para proveer 1176 cargos distribuido en 15 convocatorias dio inicio al concurso en el año 2008 para la **convocatoria 014 asistente administrativo 1 (169 cargos)**.

Para dar impulso al concurso se tuvo en cuenta la ley 938 de 2004 art 66 y 67, acuerdo 001 de 2006, mediante decreto ley 020 se indicó la estructura de la entidad y se adoptó mediante resolución, pero implicó afectación al concurso y algunos cargos.

Mediante acuerdo 039 del 13 de julio de 2015 se efectuó la lista de elegibles, no se conculcan los términos para proveer el cargo de la demandante y hay pronunciamiento del tribunal de Cundinamarca que acoge los argumentos de la demandada.

1.3.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Representada por la procuraduría 82-1 judicial no presentó concepto

2. CONSIDERACIONES

2.1. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

- En relación con la excepción de **CADUCIDAD** en el presente medio de control se debe tener en cuenta que se pretende la declaración de responsabilidad de la demandada por el retardo injustificado en nombrarlo, daño del cual tuvo certeza cuando la entidad finalmente lo nombró, motivo por el cual se debe contar a partir del momento en que se enteró del nombramiento, es decir a partir del día siguiente a la fecha en que se le comunicó la expedición de la resolución No.0-02431 del 12 de julio de 2017 que nombró al demandante en el cargo de Asistente I, es decir, desde el **19 de julio de 2017**. Por lo tanto, el demandante contaba para radicar demanda y/o conciliación extrajudicial **hasta el 19 de julio de 2019 y como presentó demanda el 12 de abril de 2019, encuentra el Despacho que la demanda fue presentada en tiempo.**

- En relación con la excepción **INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO Y AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO y COBRO DE LO NO DEBIDO Y ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA** 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.

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 establecido 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 de por DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ en el cargo de ASISTENTE I

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

¿Debe responder la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por el presunto retardo injustificado en el nombramiento de la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ en el cargo de ASISTENTE I?

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 86 del C.C.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 (convocatoria 01-015 de 2008) para proveer 1.716 cargos del área administrativa de la Fiscalía General de la Nación³.

DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ participó

Convocatoria	grupo	Nombre del cargo actual
014	03	para el cargo de Asistente administrativo I hoy ASISTENTE I
009	02	para el cargo de técnico administrativo I hoy Técnico I

✓ 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

³ 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.

de los actos Legislativos No. 01 de 2008⁴ y No. 04 de 2012, cuyos beneficiarios eran los servidores públicos provisionales y sus posteriores declaratorias de inexequibilidad⁵, los cuales **generaron el** quebrantamiento de las actuaciones que normalmente un concurso de esta naturaleza conlleva.

Así la administración, en acatamiento de fallos de tutela⁶, 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 inscripción⁷

⁴ "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: '*Parágrafo 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).

⁵ Sentencias C- 588 del 27 de agosto de 2009 y C-249- del 28 de marzo de 2012 de la Corte Constitucional.

⁶ Sentencia T-213 A de 2011.

⁷ 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).

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 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 tutela⁸. 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

⁸ Convocatorias realizadas en el 2007 para proveer 4697 cargos de fiscales delegados ante diferentes despachos judiciales y asistentes de fiscal.

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"* 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

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).⁹ con sus componentes de mérito, concurso público e igualdad, es consustancial¹⁰ 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 valores¹¹ y principios¹² 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 7¹³ y 209¹⁴ 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.¹⁵

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,

⁹ "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).

¹⁰ 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",

¹¹ 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

¹² "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.

¹³ 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..."

¹⁴ 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..."

¹⁵ Corte Constitucional, sentencias C-901 de 2008, C- 588 de 2009 y C - 249 de 2012.

el Constituyente lo previo 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 empleos¹⁶.

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 una regulación más restrictiva para el ingreso a la carrera que la prevista para el ascenso de la misma"¹⁷.

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*"¹⁸, 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 excelencia¹⁹, igualdad²⁰, publicidad²¹, mérito²², especialización²³ y especialidad²⁴, 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".

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencias C - 1256 de 2005, C- 588 de 2009 y C- 249 de 2012, entre otras..

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial No. 45.778 del 31 de diciembre de 2004.

¹⁹ "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**,

²⁰ 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

²¹ "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".

²² "Artículo 52.

²³ "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".

²⁴ "Artículo 54. Principio de especialidad. La especialidad es el grado de experticio 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".

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,²⁵ 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.

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 concurso*⁷ 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".

²⁵ Sentencias C - 040 de 1995 y SU 913 de 2009.

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 Nación²⁶ 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 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

²⁶Oficio 2013701007651 del 6 de septiembre de 2013. Página 3.

subjetiva respecto de cada uno de los destinatarios, y crea derechos singulares respecto de cada una 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" (Negrillas 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, ENTIÉNDASE 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, entendiéndose 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
- ✓ La comisión de carrera especial de la Fiscalía General de la nación mediante acuerdos 0026 a 0040 del 13 de julio de 2015 de las Convocatorias Nos. 001 a 015 de 2008 el concurso de méritos del Área Administrativa y Financiera del año 2008, expidió la lista de elegibles en un primer momento.

El acuerdo 0034 del 13 de julio de 2015 conformó la lista de elegibles y en el puesto # 34 de 5 se encontró a la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ para proveer el cargo de Técnico I (Convocatoria 0009 grupo 2 TECNICO I), este acuerdo no fue motivo de modificación.

El acuerdo 039 del 13 de julio de 2015 conformó la lista de elegibles y en el puesto # 38 de 42 se encontró a la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRIGUEZ (Convocatoria 14 grupo 3 ASISTENTE I). Mediante acuerdo 0059 del 2 de junio de 2017 se modificó el acuerdo anterior y en el puesto # 39 de 42 se encontró a la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRIGUEZ (Convocatoria 14 grupo 3).

✓ 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.
- El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales Caldas Sentencia No.01 profirió una sentencia referente al reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial.

✓ El 3 de diciembre de 2019 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – talento humano

Indicó que el de la convocatoria 009 grupo 2 de los 5 cargos solo se posesionaron 3 personas y de la convocatoria 014 grupo 3 de los 42 cargos solo se posesionaron 18 entre ellos la demandante mediante acuerdo del 0-59 del 2 de junio de 2017.

Antes de proferir las resoluciones de nombramiento fue necesario adelantar todo un procedimiento administrativo que cobijó dos fases:

Una primera fase que conlleva situaciones tales como la elaboración de los actos administrativos de nombramiento en período de prueba para firma del señor Fiscal General de la Nación y su posterior remisión a la Subdirección de Talento Humano para su notificación previa determinación del lugar donde se requería el empleo a proveer de acuerdo con las necesidades del servicio por tratarse de una planta global y flexible; una vez aprobado el período de prueba, se realizaba el estudio de seguridad que debía efectuar la Dirección Nacional de Protección y Asistencia el cual comprende aspectos tales como la verificación de datos, autenticidad de documentos aportados, verificación de estudios, entorno social, laboral y familiar, antecedentes, entre otros.

Una segunda fase que implicó recomponer varias de las listas de elegibles por haberse ordenado la reclasificación de algunos de los concursantes, dando cumplimiento a fallos de acciones de tutela lo que conlleva una serie de trámites tanto a nivel administrativo como de la propia Comisión de la Carrera Especial de la

entidad, tales como análisis de los documentos nuevamente aportados por quienes pretendían su reclasificación para finalmente emitir la Comisión posteriores Acuerdos que contenían las nuevas listas de elegibles volviendo a consolidar los grupos de concursantes a ser nombrados, lo que conllevaba a repetir el procedimiento de la primera fase ya descrito.

Debe insistirse que los nombramientos se fueron dando de manera gradual, y en todo caso, el nombramiento de la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ se llevó a cabo dentro del término que la ley regente del concurso, Ley 938 de 2004, otorgó en su artículo 66, es decir, dentro de los dos años de vigencia de los registros de elegibles, por lo que el nombramiento de la mencionada señora se efectuó dentro de dicho término, en lo cual no se avizora ninguna vulneración de derecho alguno de la ahora servidora, máxime que, dicha norma no determinó un término perentorio para efectuar dichos nombramientos, por lo cual, se insiste, el nombramiento se efectuó dentro de los términos otorgados por la norma que reguló el concurso.

Además, se tuvo que tener en cuenta la sentencia SU 446 de 2011 que conminaba a la entidad a implementar mecanismos que permitiera evitar la desvinculación de personas que se encontraban en grupos de especial protección tales como madres y padres cabeza de hogar, discapacitados y próximos a pensionarse.

✓ El 8 de diciembre de 2019 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Apoyo a la Comisión de Carrea Especial indico:

No encontró que hubiera recibido acción de tutela o petición por parte de la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRIGUEZ relacionada con el nombramiento y que en los archivos reposa lo siguiente:

DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRIGUEZ		
Cargo: ASISTENTE I - seccional de ANTIOQUIA Convocatoria 14 grupo 3		
Fecha de resolución	# resolución	contenido
12 de julio de 2017	0-2431	nombrada en periodo de prueba ojo se notificó el 21 de julio de 2017
9 de agosto de 2017	0258	Posesionada en periodo de prueba
18 de mayo de 2018	0-0592	nombrada en propiedad
24 de mayo de 2018	000348	Posesionada en propiedad
30 de mayo de 2019	0027	Inscrita en el registro público de carrera RPIC de la Fiscalía General de la nación



24

REPUBLICA DE COLOMBIA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN v/o COMUNICACIÓN	
En este Despacho se presentó <u>Damaris del Rosario Ferrer Rodríguez</u> con C.C. <u>A1729275</u>	
Hace entrega de: Resolución No. <u>0-2431</u> del <u>12 de Julio 2017</u>	
Asunto: <u>Nombramiento</u>	
Fecha <u>21-07-2017</u>	Firma <u>Damaris Ferrer R.</u>
Notificador <u>Damaris Valbuena Rojas</u>	

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 de la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ en el cargo de ASISTENTE I?

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

La demandante en sus alegatos citó providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁷ que interpretaron la normatividad aplicable al caso y cuantos días tenía la Fiscalía para hacer los nombramientos, concluyendo que son 20 días hábiles:

“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

²⁷ 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

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 no efectuó dentro de los 20 días siguientes la totalidad de los nombramientos en período de prueba de acuerdo con el número de cargos ofertados para el caso bajo estudio (42), pues en el caso de la demandante DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ sólo ocurrió hasta el **21 de julio de 2017**, día en que se notificó de la resolución **0- 2431 12 de Julio de 2017** que efectuó su nombramiento en periodo de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación, es decir que en principio pasó más de un año después de la publicación de la **primera** lista de elegibles definitiva publicada. Sin embargo, es de anotar que con la presentación de recursos y acciones de tutela de otros participantes la entidad tuvo que reorganizar los puestos quedando la accionante en el **puesto 39** y modificando la lista del 13 de julio de 2015 con el acuerdo **0059 del 2 de junio de 2017**.

En tiempos para el caso en concreto la demandada se tomó 25 días hábiles para hacer los nombramientos.

Calendario Colombia año 2017

junio							julio								
sm	l	m	m	j	v	s	d	sm	l	m	m	j	v	s	d
22				1	2	3	4	26						1	2
23	5	6	7	8	9	10	11	27	3	4	5	6	7	8	9
24	12	13	14	15	16	17	18	28	10	11	12	13	14	15	16
25	19	20	21	22	23	24	25	29	17	18	19	20	21	22	23
26	26	27	28	29	30			30	24	25	26	27	28	29	30
								31	31						

Con todo, no se podía proveer los cargos en los tiempos indicados por la parte demandante y la demora se encuentra justificada pues: *i)* se debían atender las acciones constitucionales y los recursos pertinentes de los demás participantes, generando reorganizaciones; **la última data de un mes y 10 días antes del nombramiento de la demandante.** *ii)* los nombramientos podían ser aceptados o declinados por las personas de la lista; fue necesario su notificación personal aunque estaban publicadas en la página (la demandante se notificó 6 días después de su publicación y estuvo en ese primer grupo de personas nombradas) *iii)* la persona que ocupaba el cargo de manera provisional podía estar en un grupo de especial protección (madres o padres cabeza de hogar, pre pensionados, personas con discapacidad) *iv)* seguimiento del procedimiento administrativo de la entidad a nivel nacional.

Entonces, con todo y orden constitucional no se podían vulnerar los derechos de personas que estaban vinculadas de manera provisional, pero en grupos de especial protección (madres o padres cabeza de hogar, pre pensionados, personas con discapacidad), o de otros participantes que consideraban tener mejor derecho

en el orden de los puestos, es decir que después de surtir el trámite respectivo se llegó al de la señora demandante.

Es de aclarar que la señora DAMARIS DEL ROSARIO FERRER RODRÍGUEZ tenía una expectativa de derecho que se hizo efectivo con la posesión, una vez superado el periodo de prueba en el régimen de carrera, entonces el daño antijurídico no está probado, la demora generó prolongación de la expectativa del derecho, pues se tuvo que surtir todo un trámite administrativo para que la demandante fuera nombrada.

Así que, encuentra el despacho que la actuación de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** siempre fue acorde a lo ordenado por la Ley y la Constitución Política, por lo que no se puede endilgar ninguna falla.

Al no configurarse el segundo elemento de la responsabilidad por falla en el servicio (hecho imputable a la demandada a título de falla en la prestación del servicio), no puede evidentemente configurarse el tercer elemento de la responsabilidad, es decir el nexo causal entre el daño y la falla.

Así las cosas, no siendo posible endilgar responsabilidad alguna a la demandada procederá el Despacho a negar las pretensiones de la demanda.

2.4. 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 **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**.

SEGUNDO: Niéguese las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin **condena en costas**.

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

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: **a856ba5a21924ecf5a38918ffd49cd218c76c7e52337017ff51ab7872b8d280b**

Documento generado en 27/05/2022 10:06:11 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>