



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., agosto 17 de 2017

Radicación: 05001-23-33-000-2013-00388-01
Número interno: 1654-2014
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gerson Avilés Rodríguez
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación

Ley 1437 de 2011

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de enero de 2014,¹ proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que declaró de oficio la excepción de inepta demanda y se declaró inhabilitado para fallar de fondo el asunto.

LA DEMANDA²

El señor Gerson Avilés Rodríguez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo por medio del cual se modificó el carácter de nombramiento en propiedad a provisionalidad.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

¹ Folios 163-172 del cuaderno principal.

² Folios 2 a 28 del cuaderno principal.

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de determinar el objeto del proceso y de la prueba.³

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas art. 180-6 del CPACA

«[...] Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo [...]»⁴

A folio 133 (reverso), en el presente caso se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

³ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

⁴ Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

Con la contestación de la demanda no se propusieron excepciones, así mismo, el a-quo no encontró ninguna que se deba declarar de oficio. Contra dicha decisión no hubo pronunciamiento de las partes.

Fijación del litigio art. 180-7

«[...] La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.[...]»⁵

A folio 133 (reverso), se fijó el litigio respecto de los hechos y pretensiones, así:

Hechos:

1. En el año 2007 la entidad demandada convocó a un concurso en el cual participó el demandante.
2. El demandante pasó el concurso y fue incluido en la lista de elegibles.
3. En virtud de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, lo nombró en propiedad luego de superar el periodo de prueba.
4. Con fundamento en una sentencia de la Corte Constitucional, la entidad demandada en un acto unilateral y sin agotar el mecanismo del artículo 73 del CCA, mediante

⁵ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

el acto demandado modificó el nombramiento de propiedad a provisional, violándole todo los derechos de carrera.

5. Contra el anterior acto no se dio la oportunidad de interponer algún recurso por considerarlo de ejecución.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad de la Resolución 00909 de 13 de junio de 2012, a través del cual se modificó el carácter de nombramiento en propiedad del demandante.
2. Como restablecimiento del derecho se mantenga incólume el nombramiento en propiedad o se restablezca la vigencia de la Resolución 0-2970 de 16 de diciembre de 2010, a través de la cual la entidad demandada nombró en propiedad al demandante como Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito.
3. Se ordene a la entidad demandada a mantener la orden de inscripción en el registro único de inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación, realizada a través de la Resolución 0333 de 3 de mayo de 2011.
4. Se condene al pago de perjuicios morales en la suma de 150 SMLMV.

SENTENCIA APELADA⁶

El Tribunal Administrativo de Antioquia, profirió sentencia de forma escrita el 24 de enero de 2014, en la cual declaró de oficio la excepción de inepta demanda y se declaró inhibido para fallar

⁶ Folios 163 a 172 del cuaderno principal.

de fondo el asunto; con fundamento en las siguientes consideraciones:

Indicó que en el presente caso no se puede predicar la procedencia de la revocatoria directa del acto administrativo que nombró al demandante en propiedad en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, por cuanto no entrañó una decisión autónoma del demandado, sino que fue una decisión que se dio en cumplimiento de una sentencia de la Corte Constitucional.

Seguidamente aclaró que la sentencia proferida por la Corte Constitucional daba una orden al ente demandado, en el sentido de que los servidores nombrados por fuera de los cargos que se convocaron en 2007, les sea cambiado el tipo de vinculación a provisional, por lo tanto, como el demandante se encuentra dentro de los supuestos indicados en la sentencia de la Corte Constitucional, el acto demandado es (de) ejecución, en cumplimiento de una tutela.

Finalmente, condenó en costas al demandante y fijó agencias en derecho en cuantía de 1 salario mínimo legal mensual vigente.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁷

⁷ Folios 175 a 183 del cuaderno principal.

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, se decida de fondo la controversia y acceda a las pretensiones de la demanda.

Arguyó que al demandante no se le debió condenar en costas, por cuanto hizo un uso racional del derecho de acción y su conducta no puede ser tildada de temeraria.

Consideró que el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad, porque no se realizó el procedimiento administrativo de revocatoria directa, lo que conllevó a la vulneración del derecho de audiencia y defensa en la medida en que si bien daba cumplimiento a una orden judicial, debió ser analizado de fondo en cuanto vulneró los derechos de carrera que tenía, previamente al nombramiento en propiedad y que luego fue cambiado a provisional.

Por tanto, insiste en que el ente demandado le causó perjuicios injustificados, pues no le brindó la oportunidad de reivindicar el derecho de carrera que ostentaba en otro cargo en esa entidad, por lo que se le vulneró el derecho al trabajo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes demandante, demandada y Ministerio Público guardaron silencio.⁸

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,⁹ el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Es susceptible de control jurisdiccional el acto administrativo proferido para el cumplimiento de una sentencia judicial?

⁸ Folio 209 del cuaderno principal.

⁹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

2. ¿El demandante cumple con los supuestos fácticos de la sentencia SU 446 de 2011, emitida por la Corte Constitucional, para que le fuera cambiado el tipo de vinculación de propiedad a provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, a través del acto acusado?
3. ¿El acto demandado contiene decisión alguna diferente a la ejecución de la sentencia, que afecte los derechos de carrera del demandante y por tanto puede ser objeto de control judicial en este caso?
4. ¿Para la condena en costas en los procesos promovidos en ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe comprobar la temeridad o mala fe?

Primer problema jurídico

¿Es susceptible de control jurisdiccional el acto administrativo proferido para el cumplimiento de una sentencia judicial? ¿En este caso se cumplen los presupuestos excepcionales para ello?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Por regla general los actos de cumplimiento de sentencias judiciales no son controlables judicialmente, salvo algunas excepciones y como el demandante alega que se configuran dos de ellas, hay lugar a analizar las mismas.

De los actos administrativos de ejecución susceptibles de control judicial

De conformidad con el artículo 43 del CPACA “son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”, por lo cual, el acto administrativo definitivo produce efectos jurídicos al crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas, mientras que los actos de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa,¹⁰ sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado.

Sin embargo, sobre este punto es importante señalar que la jurisprudencia¹¹ ha establecido que procede el estudio judicial de los actos de ejecución, en forma excepcional, cuando la decisión de la administración i) va más allá de lo ordenado por el juez, y ii) crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica entre el Estado y el particular que no fue objeto de debate judicial¹².

Ahora bien, frente a los actos de ejecución expedidos en cumplimiento de una acción de tutela, es importante recordar que la acción constitucional está dirigida a proteger derechos fundamentales, lo cual no impide que el juez natural conozca de las demandas contra de actos administrativos de ejecución

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, providencia del 30 de marzo de 2006, expediente: 25000-23-27-000-2005-01131-01(15784).

¹¹ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T- 923 DE 7 de diciembre de 2011, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. marzo 6 de 2014, expediente: 410012333000201200103-01 (3986-2013), demandante: Universidad Surcolombiana.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. Bogotá, D.C., seis (06) de marzo de dos mil catorce (2014). expediente: 18001-23-33-000-2013-00054-01(2529-13)

expedidos por virtud de dicha acción. Al respecto, el Consejo de Estado,¹³ manifestó:

“[...] Es cierto que la resolución de reconocimiento de la pensión fue expedida en cumplimiento de la sentencia que definió una acción de tutela, en un proceso en que se encontró amenaza o vulneración de derechos fundamentales, no obstante, es importante recordar que la acción de tutela está dirigida a proteger derechos fundamentales, sin que nada obste que el juez competente conozca de las demandas en contra de actos administrativos y decida si estos se ajustan a la legalidad o no. De allí que si bien la resolución en cuestión tiene la connotación de acto de ejecución, al ser cumplimiento de una sentencia, lo cierto es que la orden fue impartida dentro de una acción de tutela que es de naturaleza distinta a la de la acción ordinaria, motivo por el cual es probable su estudio a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En esas condiciones, la Entidad solamente contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la legalidad del acto que ella misma expidió, y al haber rechazado la demanda con el argumento de que el acto administrativo no es demandable, vulneró los derechos de la entidad demandante, cercenándole la oportunidad de controvertir en sede judicial la legalidad del acto que ella misma expidió [...]”

De lo anterior se colige que frente a los actos de ejecución expedidos en virtud de un fallo de tutela, se deben examinar en cada caso particular los elementos que sean vinculantes a la producción del acto, es decir: i) si creó, modificó o extinguió una situación no debatida en la acción constitucional ii) determinar si la decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el juez, iii) si la decisión de tutela fue de carácter transitoria o

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, fecha del 25 de octubre de 2011, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicado 11001-03-15-000-2011-01385-00(AC).

definitiva y iv) si su asunto ha sido objeto o no de control de legalidad por parte de su juez natural.

Ahora bien, tal como lo argumenta el demandante, la sentencia de tutela emitió una orden genérica respecto de quienes fueron nombrados en propiedad en determinados cargos, al interior de la Fiscalía General de la Nación. Esta orden se concretó en el acto administrativo cuestionado y por lo tanto, en principio no sería susceptible de control judicial.

Pese a lo anterior, se encuentra que se discute que la fiscalía, al dar aplicación a la sentencia de tutela, excedió los límites de esta pues su caso era particular ya que al momento de ser nombrado en propiedad en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, ostentaba derechos de carrera en un cargo de grado inferior y además se le afectaron otros derechos que no fueron objeto de debate judicial en la sentencia de unificación.

En conclusión: Existe una regla general sobre la improcedibilidad del control judicial a los actos administrativos que dan cumplimiento a los fallos judiciales, la cual tiene varias excepciones, ya citadas.

Así mismo, se torna procedente estudiar si el acto contenido en la Resolución 00909 de 13 de junio de 2012, excedió los supuestos de hecho de la sentencia de la Corte Constitucional que se adujo cumplir con la misma y/o si con esta se decidieron situaciones ajenas al debate judicial resuelto por la aquella alta corporación,

que ameriten su estudio de fondo y posible declaratoria de nulidad.

Segundo problema jurídico

¿El demandante cumple con los supuestos fácticos ordenados en la sentencia SU 446 de 2011, emitida por la Corte Constitucional, para que le fuera cambiado el tipo de vinculación de propiedad a provisionalidad?

La Subsección adoptará la siguiente tesis: el demandante si cumple con los supuestos fácticos expuestos en la sentencia de la Corte Constitucional y por lo tanto, el acto demandado no es susceptible de control judicial por esta causa, conforme a las siguientes consideraciones:

Concurso público convocado por la Fiscalía General de la Nación

El artículo 60 de la Ley 938 de 2004, «norma vigente para la época de los hechos, toda vez que sus artículos 44 a 77 fueron derogados por el artículo 21 del Decreto Ley 20 de 2014», reguló el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y determinó que la administración y reglamentación de su régimen de carrera administrativa corresponde a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

Esta comisión, en ejercicio de las facultades legales y conforme a lo preceptuado en el Acuerdo 001 de 30 de junio de 2006, convocó a concurso público para proveer los cargos correspondientes al área de fiscalías a través de las Convocatorias 001 a 006 de 2007, en las que se ofertó un total de 4697 cargos.

Culminadas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional de Carrera publicó el registro definitivo de elegibles mediante el Acuerdo 007 de 24 de noviembre de 2008.

Con base en el registro de elegibles, el Fiscal General de la Nación dio por terminado los nombramientos en provisionalidad de los servidores que ocupaban los cargos sometidos a concurso. Sin embargo, las personas que integraron el registro de elegibles que no alcanzaron el rango de los cargos ofertados interpusieron acciones de tutela con el fin de que les protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad y, en ese sentido fueran nombrados hasta agotar la lista de elegibles.

Contrario a lo decidido por el Consejo de Estado en casos similares¹⁴, la Corte Suprema de Justicia¹⁵ amparó los derechos

¹⁴ El Consejo de Estado negó las acciones de tutelas interpuestas, y frente al agotamiento de la lista de elegibles en cargos no convocados a concurso, señaló claramente que el registro de elegibles únicamente podía ser utilizado para proveer los cargos ofertados por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera en el 2007 Ver: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de tutela de 27 de enero de 2011, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, expediente 23001-23-31-000-2010-00569-01 y ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de tutela de 5 de agosto de 2010, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, expediente 18001-23-31-000-2010-00239-01.

¹⁵ Ver entre otras sentencias T-48023 de 27 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

fundamentales de quienes se encontraban en el registro de elegibles y ordenó culminar el proceso de nombramientos sin tener en cuenta el tope de los cargos ofertados por considerar entre otros argumentos, que «una decisión en contrario, desconocería el artículo 125 de la Constitución Política al no satisfacer existiendo medios y posibilidades, la provisión de cargos de carrera y se obligaría a la convocatoria de un nuevo concurso para lograr un propósito que puede satisfacerse válidamente desde este momento»..

Ahora bien, mediante la Resolución 0-1601 de 21 de julio de 2010,¹⁶ en cumplimiento de lo anterior la Fiscalía General de la Nación nombró en periodo de prueba, entre otros al demandante.

Posteriormente, la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-446 de 2011 resolvió las diferencias interpretativas que se plantearon al decidir las acciones de tutela y acogió en buena parte la posición asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en tanto reiteró que “[...] el registro de elegibles que conformó la entidad sólo podía ser utilizado para proveer los cargos en las seis convocatorias que le dieron origen [...]”.

Por lo anterior, entre las diferentes decisiones que emitió, determinó que sólo se entendían como servidores de carrera de la Fiscalía General de la Nación y, en virtud de las convocatoria que ésta realizó en el año 2007, “[...] aquellas personas que fueron nombradas según el registro de elegibles contenido 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 [...]”.

¹⁶ Folios 32 a 36.

Así mismo, revocó las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia, y frente a las personas que fueron nombradas en propiedad por fuera del número de plazas convocadas, ordenó mantener la vinculación a la entidad, pero con carácter provisional.

Igualmente, la Corte Constitucional le dio efectos *inter comunis* a la decisión adoptada, debido a la cantidad de nombramientos realizados por la entidad demandada con desconocimiento de la regla del concurso relativa al número de cargos a proveer.

Caso particular del demandante

El demandante considera que no se encuentra dentro de los supuestos de la sentencia SU-446 de 2011, por ende, no debió cambiarse el carácter de su nombramiento. Es decir, considera que el acto administrativo acusado le modificó una situación jurídica que no fue debatida en la acción constitucional, y ello hace que esta decisión sea susceptible de control judicial.

Al respecto, tenemos que la sentencia en cita, en su parte resolutive, ordenó lo siguiente:

“[...] **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 contenido 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 contenido 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. [...]"

Como se puede apreciar, en el fallo judicial no hay una mención directa al señor Gerson Avilés Rodríguez, sin embargo este afectaba a todas las personas que quedaban comprendidas dentro de los supuestos de la decisión.

A raíz de ello, con la Resolución 00909 de 13 de junio de 2012,¹⁷ expedida por la Fiscalía General de la Nación, se ejecutó el fallo judicial y modificó la vinculación de algunos servidores, entre ellos el demandante. Dispuso expresamente este acto, lo siguiente:

"[...] **ARTÍCULO PRIMERO. MODIFICAR** el carácter del nombramiento en propiedad efectuado a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que a continuación se relacionan y los correspondientes actos administrativos, en el sentido de indicar que su nombramiento se entiende en **PROVISIONALIDAD** en cumplimiento de la orden judicial contenida en la Sentencia SU 446 de

¹⁷ Folios 53 a 57 del cuaderno principal 1.

2011 y de conformidad con la parte motiva del presente acto administrativo:

[...]

PUESTO	CEDULA	NOMBRE	NÚMERO Y FECHA DE RESOLUCIÓN	UBICACIÓN ACTUAL
85	12108195	AVILÉS RODRÍGUEZ GERSON	Resolución No. 0-2970 de 16 de diciembre de 2010	DIR. SEC. FISCALÍAS - MEDELLÍN

[...]

ARTÍCULO SEGUNDO. DISPONER que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación y las diferentes dependencias de la Entidad, de acuerdo con la competencia que les está atribuida, adelanten las actuaciones administrativas que se derivan de la modificación del carácter de la vinculación a los servidores de los que trata el artículo primero de esta resolución [...]" Negrillas del texto.

Ahora bien, el demandante concursó para la convocatoria 004 de 2007,¹⁸ correspondiente al cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito,¹⁹ en dicha convocatoria se determinó que la misma era para proveer 52 cargos a nivel nacional.

Luego de superadas todas las etapas del concurso, la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de

¹⁸ Se encuentra en la página web en el siguiente enlace: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/02/Conv004-2007_TRIBUNAL.pdf (fecha de consulta 31 de enero de 2017)

¹⁹ Según se desprende de las resoluciones 0-1601 de 2010 (fls. 32 a 36), 0-2970 de 2010 (fls. 46-47) y 00909 de 2012 (fls. 53 a 57)

la Nación, profirió el Acuerdo 007 de 24 de noviembre de 2008,²⁰ el cual fue modificado por el Acuerdo 032 de 30 de diciembre de 2009²¹ y luego por el Acuerdo 001 de 19 de enero de 2010,²² por medio de los cuales se conformó la lista definitiva de elegibles para los cargos convocados, donde se evidencia que el demandante ocupó el orden 85 para el cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito.²³

Posteriormente y luego de emitidas las diferentes sentencias de tutelas atrás referenciadas, la Fiscalía General de la Nación, nombró al accionante en el cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito, en periodo de prueba. Ello se concretó en la Resolución 0-1601 de 21 de julio de 2010²⁴.

Debido a que el señor Avilés Rodríguez se encontraba en carrera en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito, mediante la resolución 2-2987 de 9 de agosto de 2010,²⁵ le fue concedida licencia especial no remunerada a partir del 10 de agosto de 2010, hasta la fecha en que tomara posesión en propiedad en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal del Distrito o reasumiera su funciones del cargo.

²⁰ Se encuentra en la página web en el siguiente enlace: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/02/Acuero007REGISTROELEGIBLESDEFINITIVO.pdf> (fecha de consulta 31 de enero de 2017)

²¹ Se encuentra en la página web en el siguiente enlace: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/02/acuerdo032del30dediciembrede2009.pdf> (fecha de consulta 31 de enero de 2017)

²² Se encuentra en la página web en el siguiente enlace: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/02/acuerdo001deenero19de2010.pdf> (fecha de consulta 31 de enero de 2017)

²³ Página 112 del Acuerdo 001 de 2010.

²⁴ Folios 32 a 36.

²⁵ Folios 37 y 39.

Posteriormente, y por tener calificación satisfactoria durante el periodo de prueba²⁶, a través de la resolución 0-2970 de 16 de diciembre de 2010,²⁷ se le nombró en propiedad en el cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito, adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, cargo al cual tomó posesión el 21 de febrero de 2011.²⁸

Ahora bien, en el acto demandado se definió que las personas que quedaron del puesto 63 en adelante, fueron nombradas por la Fiscalía General de la Nación sin sujeción a la regla del número de plazas a proveer contenida en la convocatoria 004 de 2007. Por lo tanto, como el demandante ocupó el puesto 85, determinó que se encontraba dentro de los supuestos contemplados en la sentencia SU 446 de 2011.

Así las cosas, como la anterior situación no fue rebatida probatoriamente en este proceso, ha de concluir esta instancia judicial que ello se ajusta a la realidad, dada la presunción de legalidad de los actos administrativos. Por lo tanto, dado el efecto inter comunis de la sentencia, no se encuentra que la misma haya sobrepasado los límites de la orden judicial impartida.

Conclusión. Encuentra la Sala que en cuanto al cambio en la forma de provisión del cargo ocupado por el actor como Fiscal Delegado ante Distrito (de propiedad a provisionalidad), la entidad no sobrepasó los supuestos de la orden judicial, por lo tanto el acto administrativo acusado es de simple ejecución y no merece revisión de legalidad alguna.

²⁶ Folios 41 a 45).

²⁷ Folios 46 y 47.

²⁸ Acta de posesión 000219 de 21 de febrero de 2011 (Folio 48).

Tercer problema jurídico.

¿El acto demandado contiene decisión alguna diferente a la ejecución de la sentencia, que afecte los derechos de carrera del demandante y por tanto puede ser objeto de control judicial en este caso?

El demandante argumenta que con el acto acusado la entidad le causó perjuicios injustificados, pues no le brindó la oportunidad de reivindicar el derecho de carrera que ostentaba en otro cargo en esa entidad, lo que vulneró su derecho al trabajo y al debido proceso. Por esta razón, aduce, el acto es enjuiciable y anulable.

Al respecto, la Sala considera que la Resolución 00909 de 2012, no adoptó decisión alguna al respecto. Basta revisar el artículo segundo del acto administrativo en el cual se ordenó:

“[...] **ARTÍCULO SEGUNDO. DISPONER** que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación y las diferentes dependencias de la Entidad, de acuerdo con la competencia que les está atribuida, adelanten las actuaciones administrativas que se derivan de la modificación del carácter de la vinculación a los servidores de los que trata el artículo primero de esta resolución [...]” Negrillas del texto.

Es decir, el acto administrativo demandado no modificó los derechos de carrera del demandante, pues nada dijo al respecto.

Tampoco varió la Resolución 2-2987 del 9 de agosto de 2010,²⁹ a través de la cual se le había otorgado una licencia especial no remunerada, por lo tanto, a partir de ese momento recobraba vigencia la posibilidad de reivindicar los derechos de carrera que tenía el actor como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito. Ello en la medida en que:

- i)** La licencia especial no remunerada se otorgó por un término que se prolongaba hasta el cumplimiento de una de las siguientes condiciones, a saber: **a)** que se tomara posesión del cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito o **b)** que se reasumieran las funciones de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito. (ver artículo primero del acto)
- ii)** Pese a que se cumplió la primera condición, esta circunstancia fue retirada del ordenamiento jurídico por una decisión judicial en la cual se dispuso que el carácter del nombramiento variaba de propiedad a provisionalidad.
- iii)** En cumplimiento de la orden judicial se varió el carácter del nombramiento y la posesión del demandante, por tanto desaparecieron los efectos de aquella condición, inicialmente acaecida.
- iv)** En el acto acusado no se dispuso algo diferente frente a la licencia especial, ni se ordenó el reintegro al cargo de carrera. Cualquier decisión al respecto se difirió a lo que determinara la comisión de carrera en cada caso en concreto.

²⁹ Esto es, su límite temporal, puesto que fue concedida hasta la fecha en que tomara posesión en propiedad.

Por lo tanto, si tales derechos fueron desconocidos por la entidad como lo alega el demandante, ello no fue producto del acto acusado, pues la Resolución 00909 de 2012 solamente se refirió al carácter de nombramiento provisional en que quedaban las personas que habían sido inicialmente designadas y posesionadas en propiedad, en el curso de la convocatoria 004 de 2007 y en la condiciones fijadas en la orden judicial.

En conclusión: No se demostró que el acto administrativo enjuiciado haya adoptado decisión alguna diferente al cumplimiento de la orden judicial y que haya afectado derechos de carrera del demandante. Por lo tanto, se confirma que el acto no es susceptible de control judicial.

Cuarto problema jurídico

¿Para la condena en costas en los procesos promovidos en ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe comprobar la temeridad o mala fe?

La Subsección adoptará la siguiente tesis: para la condena en costas en los procesos iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se debe atender el factor objetivo valorativo, conforme a las siguientes consideraciones:

Esta Subsección tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA³⁰, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “*subjetivo*” –CCA- a uno “*objetivo valorativo*” –CPACA-.
- b) Se concluye que es “*objetivo*” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “*valorativo*” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará con base en la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos así como la complejidad e intensidad de la participación procesal

³⁰ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección “A” de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

(Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, como lo indica el CGP,³¹ previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Ahora bien, el a quo condenó en costas a la parte demandante en la sentencia de primera instancia y fijó como agencias en derecho 1 SMLMV, de acuerdo a lo señalado por el Acuerdo 1887 de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En atención a la posición antes expuesta y en consideración a que este asunto se promovió en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en vigencia de la Ley 1437 de 2011, donde no se realiza una valoración subjetiva sino que se atiende un criterio objetivo y valorativo, en cuanto se compruebe

³¹ “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

que se causaron las costas, era viable que se impusiera la condena en el caso sub - examine.

Ello, por cuanto no se ha desvirtuado el hecho de la causación de la mismas, causa que le correspondía al demandante y en la medida en que resultó vencida en el proceso al no demostrar que el acto acusado pudiera ser objeto de control judicial por los argumentos expuestos en la demanda.

De otra parte, en vista de que no hubo intervención por la parte demandada en esta instancia, no hay lugar a condenar en costas de segunda instancia.

Decisión de segunda instancia

Es importante resaltar que la Ley 1437 de 2011, tiene como finalidad evitar sentencias inhibitorias, por lo tanto, otorga al operador judicial múltiples herramientas para superar obstáculos de orden procesal o sustancial que pueden dar lugar a lo que otrora se denominaba una ineptitud sustancial de la demanda. Estos pueden ejecutarse desde el estudio de admisión, en la decisión de excepciones previas o hasta en la audiencia inicial al momento de sanear el proceso³².

³² Al respecto, ver auto del 21 de abril de 2016, proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: William Hernández Gómez, expediente 47-001-23-33-000-2013-00171-01 (1416-2014), demandante: Humberto Rafael Miranda Correa, demandado: Departamento del Magdalena.

Es por ello que no hay vocación para formular y/o declarar una excepción con tal denominación ni declarar una ineptitud de demanda por causas diferentes a las definidas expresamente por el legislador. En lugar de ello, existen otras excepciones y/o mecanismos procesales de terminación del proceso, o de saneamiento del mismo, que deben ser utilizados para tal efecto³³.

Por las anteriores razones y pese a que se encuentran ajustados los argumentos que tuvo el *a quo* para considerar que el acto demandado no era enjuiciable, la Subsección modificará los ordinales primero y segundo de la sentencia de primera instancia y en su lugar, declarará probada la excepción de “acto no susceptible de control judicial”, por cuanto no se demostraron los supuestos excepcionales para realizar un control material del acto demandado. Así mismo, denegará las súplicas de la demanda; en lo demás, se confirmará la misma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

³³ Al respecto, ver auto del 21 de abril de 2016, proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, expediente 47-001-23-33-000-2013-00171-01 (1416-2014), demandante: Humberto Rafael Miranda Correa, demandado: Departamento del Magdalena.

Primero: Modificar los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida el 24 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, los cuales quedarán de la siguiente forma:

1º Declarar probada la excepción de “acto no susceptible de control judicial” por cuanto no se demostraron los supuestos excepcionales para ejercer control material de la resolución 0 0909 del 13 de junio de 2012 expedida por la Fiscalía General de la Nación.

2º Denegar las súplicas de la demanda.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero: Sin condena en costas de segunda instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

DMG/HOM