

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO - Accede / MANDATO CLARO, EXPRESO Y EXIGIBLE – En cabeza de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación / OMISIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA ADELANTAR LA CONVOCATORIA A CONCURSO O PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS CARGOS DE CARRERA QUE SE ENCUENTREN VACANTES

[La Sala deberá establecer si ¿la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación ha incumplido el mandato claro, expreso y exigible contenido en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, al omitir la convocatoria a concurso de méritos para proveer los cargos de carrera que se encuentran actualmente vacantes?] (...) La demandante advierte el incumplimiento, por parte de la Fiscalía General de la Nación, respecto del contenido del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014.(...) Anticipa la Sala que comparte la conclusión a la cual arribó el Tribunal, según la cual, el anterior precepto contiene un mandato claro, expreso y exigible en cabeza de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, que se resume en que, dentro de los tres años siguientes al 9 de enero de 2014, se convoque a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo. (...) Luego de analizar los argumentos de defensa expuestos por la accionada, advierte la Sala que es lo cierto que el Decreto Ley 898 de 2017, modificó parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, pero también lo es que dicha norma no alteró el contenido del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, y tampoco amplió el plazo para convocar a concurso, lo que impone que el lapso concedido de 3 (tres) años para abrir la convocatoria no ha sido modificado. (...) Resta a la Sala manifestar que si bien hay lugar a confirmar el fallo impugnado es necesario aclarar que el plazo concedido para acatar lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, no lo es para la consecución de recursos económicos, pues como ya se precisó esto está regulado por el mismo decreto en su artículo 46, sino para adelantar las actividades necesarias a fin de convocar a concurso los cargos de carrera, vacantes de manera definitiva o provistos mediante nombramiento provisional o en encargo.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 020 DE 2014 - ARTÍCULO 118

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-41-000-2020-00185-01(ACU)

Actor:LUZ PATRICIA AGUDELO PATIÑO

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala de la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la sentencia de 4 de marzo de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, que accedió a las pretensiones de la demanda¹.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

La señora **LUZ PATRICIA AGUDELO PATIÑO** ejerció acción de cumplimiento contra la Fiscalía General de la Nación, para que se le ordene acatar el contenido del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014².

1.2. Hechos

La accionante se refirió al artículo 125 de la Constitución Política y a la Ley 1654 de 2013, para señalar que el Presidente de la República se le otorgaron facultades extraordinarias para modificar la estructura y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y expedir el Régimen de Carrera y Situaciones Administrativas.

Por lo anterior, se dictó el Decreto Ley 020 de 2014³, vigente desde el 9 de enero de ese año, el cual en el artículo 118 dispone que debe convocarse a concurso los cargos de carrera, vacantes de manera definitiva o provistos mediante nombramiento provisional o en encargo.

Advirtió la demandante que dicho mandato a la fecha de presentación de su demanda, se encuentra desatendido por parte de la accionada.

Con fundamento en lo expuesto solicitó que:

“...se ordene a la Fiscalía General de la Nación a través de la Comisión de Carrera Especial, cumplir con la orden consagrada en el art. 118 del Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014, a brevedad en el sentido de convocar a concurso de ascenso real y efectivo, los cargos de carrera en el porcentaje que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo.

Lo anterior debe efectuarse sin dilación alguna, realizando durante el primer semestre del año 2020, las primeras convocatorias y de manera automática las convocatorias posteriores, toda vez que (como se explicó) ha transcurrido con amplitud el término establecido en la norma para su cumplimiento”.

1.3. Actuaciones procesales

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, mediante auto de 6 de febrero de 2020, admitió la demanda y ordenó notificar al Fiscal General de la Nación.

¹Es necesario precisar que el expediente pasó al Despacho de la magistrada ponente el 30 de septiembre de 2020.

² “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”.

³ “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”.

1.4. Contestación de la Fiscalía General de la Nación

Su apoderada judicial afirmó que la demandante realiza una interpretación “...sesgada y subjetiva” del decreto que pide hacer cumplir porque “...si bien hay un lapso de 3 años para convocar los cargos a concurso, también se tiene que contar con un tiempo, para que la Comisión de la Carrera Especial de la Entidad, cumpla con la función de fijar las políticas, planes y proyectos para la administración de la carrera y dicho trámite es precisamente el que se ha adelantado conforme a estudios y con la proyección adecuada”.

Informó que el Decreto Ley 898 de 2017⁴, entre otros aspectos, reestructuró la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, “...lo que hace necesario nuevos estudios por parte de la Subdirección Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial, para poder adelantar las convocatorias a que hay lugar”.

Precisó que con ocasión de la expedición del Decreto Ley 898 de 2017, el Fiscal General de la Nación dictó la Resolución No. 0-2358 de 29 de junio de 2017⁵, “...que modificó en forma parcial la estructura de la entidad y distribuyó los cargos de la planta de personal adoptada por cada área”.

Resaltó que además de las anteriores modificaciones legales, previo a convocar el concurso que reclama la accionante la accionada debe “...realizar una serie de gestiones de planificación, adecuación estudios, suscribir convenios con instituciones de educación acreditadas; así como establecer los costos y presupuesto que se requiera proveer, lo cual conlleva una serie de etapas y tiempo en su realización”.

Señaló que la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación en 2015 había convocado a concurso algunos cargos, pero en reunión de 18 de marzo de 2016 “...decidió dejar sin efectos los concursos de ascenso e ingreso del área de fiscalías de 2015”.

Luego de lo anterior, afirmó que han adelantado actividades relacionadas con la “creación y depuración” del Registro Público de Inscripción de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, “...se estudió la nueva planta de personal y se definieron los cargos que se encuentran ocupados por servidores con derechos de carrera especial”.

Precisó que el Decreto Ley 898 de 2017, suprimió y creó cargos al interior de la Fiscalía General de la Nación, lo que implica realizar los ajustes a la planta de personal.

⁴ “Por el cual se crea al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en cumplimiento a lo dispuesto en el Punto 3.4.4 del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, se determinan lineamientos básicos para su conformación y, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se distribuyen los cargos de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación”

En razón de lo expuesto afirmó que “...lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, para la realización de Concursos de mérito para la provisión definitiva de los cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación resulta insuficiente, toda vez que con la nueva estructura de la planta de cargos y el enfoque misional en relación con el postconflicto asumido por el Ente, ha obligado a la modificación tanto de su estructura orgánica así como del Manual de Funciones respecto de los nuevos roles a asumir por parte de los servidores; razón por la que todos los estudios anteriormente estructurados para la Convocatoria a concursos de mérito deben ser acoplados al producto de este nuevo proceso de reestructuración que está viviendo la Entidad en este momento”.

Sumado a lo anterior expuso que “...no es posible convocar a concurso todos los cargos de carrera vacantes de manera definitiva, que en este momento superan los 17.000, toda vez que al hacerlo, implicaría, de una parte, la pérdida repentina de la memoria institucional adquirida por la experiencia de los servidores vinculados en provisionalidad y en consecuencia, llevaría a traumatismos en la prestación del servicio de justicia en la Entidad, especialmente en lo pertinente a sus procesos misionales, como son Fiscalía y Policía Judicial”.

Además, sostuvo que “...los costos que conllevaría esta Convocatoria total, ascienden aproximadamente a \$38.500'000.000, por lo que la Fiscalía General de la Nación tendría que hacer grandes esfuerzos en materia técnica, jurídica y presupuestal que no garantizan la consecución de estos recursos”.

Puso de presente que actualmente “...la Comisión de la Carrera Especial por conducto de la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, adelanta la fase de estructuración de los concursos o procesos de selección a fin de establecer su viabilidad (...) es importante indicar que previo a fijar un cronograma y unas fechas específicas para adelantar los concursos, se requiere llevar a cabo una etapa de planeación técnica, administrativa, financiera y de contratación del operador logístico”.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que la Fiscalía General de la Nación no incurre en la omisión normativa a la que alude la demandante porque considera que está adelantando las gestiones que se requieren para convocar a concurso, pero también señaló que la acción deviene improcedente porque acceder a las pretensiones implica gasto, lo cual apoyó en fallo dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico⁶.

1.5. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, mediante sentencia de 4 de marzo de 2020, resolvió:

“1°) Declárase el incumplimiento por parte de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación de lo establecido en el artículo 118 del Decreto 020 de 9 de enero de 2014, en consecuencia, ordénase al representante legal de la dependencia mencionada, que en el término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, adelantar todas las tareas administrativas pertinentes y necesarias con el fin de obtener las partidas presupuestales correspondientes que permitan atender los concursos públicos de méritos en la entidad, y una vez vencido el término anterior, proceda a realizar las respectivas convocatorias para proveer los

⁶ Acción de cumplimiento No. 08001-23-33-2017-01483-00, fallo de 12 de febrero de 2018.

cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo en la misma”.

Como fundamento de su decisión, concluyó que la norma que la demandante aduce incumplida “...se advierte que contiene un mandato **(i)** claro en cuanto va dirigido a la Comisión de la Carrera Especial, en este caso de la Fiscalía General de la Nación, **(ii)** expreso toda vez que, ordena que se debe convocar a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo; y **(iii)** actualmente exigible”.

Afirmó el Tribunal que la accionada “...no ha convocado a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo, lo anterior, teniendo en cuenta lo manifestado por la entidad demandada en la contestación a la renuencia que ante ella se presentó”.

Determinó el *a quo* que “...el gasto que demande el cumplimiento de esa obligación deberá ser asumido de acuerdo con las normas de presupuesto, sin que ello sirva de excusa para proseguir la inobservancia de lo dispuesto por autoridad administrativa competente para ello”, para lo cual citó el concepto dictado el 19 de agosto de 2016 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil⁷.

Agregó que “..las entidades no pueden, so pretexto de la falta de recursos o de planeación adecuada, convertir el uso del concurso público de méritos en una potestad discrecional y mucho menos volver permanente la provisionalidad y libre disposición de los cargos de carrera administrativa”.

1.6. Impugnación

La apoderada judicial de la Fiscalía General de la Nación solicitó revocar el fallo dictado el 4 de marzo de 2020, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”.

Para fundamentar su impugnación solicitó acudir a los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y, además, tener en consideración “...las actividades que ha desarrollado la Fiscalía General de la Nación en cumplimiento del principio de planeación y con el fin de adelantar los procesos relacionados con los concursos al interior de la entidad”.

Afirmó que “...no es posible convocar a concurso todos los cargos de carrera vacantes de manera definitiva, que en este momento superan los 17.000, procedimiento que debe hacerse de manera gradual y en diferentes tiempos, tal y como lo señala la norma de la cual se reclama a través de la presente acción (...) convocar a concurso los cargos de la Entidad, implicaría, de una parte, la pérdida en la continuidad del servicio y de otra parte, la planeación que comprende las reestructuraciones y, en consecuencia, llevaría traumatismos en la prestación del servicio de justicia en la Entidad...”.

Expuso que una vez se culmine el proceso de “ajuste institucional” en la planta de personal de la FGN, la Subdirección de Apoyo de la Carrera Especial, en atención

⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. No. 11001-03-06-000-2016—00128-00 (2307), M.P. Germán Alberto Bula Escobar.

de los Decretos Leyes Nos. 020 de 2014 y 898 de 2017, se continuará con la fase de estructuración de los concursos, de manera gradual.

Informó que ya se adelantó "...la verificación y ajuste del componente FUNCIONES de todos los empleos que conforman grupos de Fiscalía, Policía Judicial, Gestión y apoyo administrativo...", lo cual se requiere para dictar el respectivo Manual de Funciones.

Resaltó que el acatamiento del Decreto Ley 020 de 2014, impone que se depure y verifique la planta de personal de la FGN, como se dispuso en el artículo 5º.

Insistió que la acción deviene improcedente porque "...los costos que conllevaría esta convocatoria son elevados, por lo que la Fiscalía General de la Nación tendría que hacer grandes esfuerzos en materia técnica, jurídica y presupuestal que no garantizan la consecución de estos recursos".

En este mismo sentido afirmó que "...la Entidad no ha podido implementar el funcionamiento de la Dirección Especializada contra Delitos Fiscales que fue creada por la Ley 1943 de 2018, artículo 115, dirección para la que se crearon 130 cargos, pero que se encuentra desfinanciada; así las cosas, la partida presupuestal, para la mencionada Dirección Especializada, se requeriría de manera prioritaria en atención a las funciones misionales de la Entidad, para, posteriormente, implementar un trámite de convocatorias para proveer gradualmente por concurso los cargos de carrera de la Entidad, cuando la planta de personal esté en completo funcionamiento".

Asimismo, indicó que el presupuesto de la FGN para la vigencia fiscal 2020, "...presenta déficit para cubrir las necesidades prioritarias y fundamentales que requiere la operación misional de la entidad...".

Para finalizar, resaltó que "...hasta tanto la entidad no cuente con una planta de empleos sólida debidamente depurada, una naturaleza clara de los empleos, un acto que describa plenamente las funciones de los empleos ajustada a los recientes cambios y modificaciones en la estructura de la institución, no es dable establecer con objetividad un presupuesto para el inicio del concurso, que garantice una provisión gradual de empleos, sin afectación de la continuidad del servicio".

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sección es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia de 4 de marzo de 2020 proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125, 150 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- Ley 1437 de 2011⁸, así como del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado que establece la competencia de la Sección Quinta de esta Corporación para conocer

⁸ "Artículo 150. 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. (...)".

de “...las apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que se dicten por los Tribunales Administrativos en primera instancia en las acciones de cumplimiento.”.

2.2. Generalidades sobre la acción de cumplimiento

La finalidad de la presente acción, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente.

En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997⁹, que reglamenta esta acción, exige como requisito de procedibilidad “la renuencia” (artículo 8°), esto es, haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desatendido, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

Para que la demanda proceda, se requiere:

- a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que, en efecto, se establezca que existe la desatención de la norma o acto;
- b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;
- c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la acción de tutela.

2.3. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

La procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo con citación precisa de éste¹⁰ y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación

⁹ “Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”.

3. Sobre el particular esta Sección ha dicho: “La Sala también ha explicado que con el fin de constituir en renuencia a una entidad pública o a un particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, es necesario haber reclamado de éste el cumplimiento del deber legal o administrativo, para lo cual se deberá precisar la norma o normas en que se consagró su deber inobjetable y, por ende, exigible, pues lo contrario conduce a la improcedencia de la acción por carecer del requisito de renuencia. Como el accionante reclamó de la Superintendencia de Puertos y Transporte el cumplimiento de los artículos 41 del Decreto 101 de 2000; 14 del Decreto 1016 de 2000 y 3, 4 y 10 del Decreto 2741 de 2001, los cuales constan, en su orden, de 4, 14, 4, 6 y 9 numerales, sin indicar con claridad en cuál de ellos se consagra el deber legal que pedía cumplir, en criterio de la Sala, atendiendo la ley y la jurisprudencia que sobre la materia se ha fijado, estima que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción, por lo que así se debió declarar por el Tribunal *a quo*”¹⁰. (Negrita fuera de texto)

de la solicitud.

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad, la Sala ha señalado que “...el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”¹¹

Sobre este tema, esta Sección¹² ha dicho que:

“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos¹³ (Negrillas fuera de texto).

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 establece lo siguiente:

“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, M.P. Mauricio Torres Cuervo.

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. M.P.: Susana Buitrago Valencia.

¹³ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, M.P.: Darío Quiñones Pinilla.

solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa de que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8° de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de la petición que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y que, de este, pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención.

En esa medida, el Consejo de Estado no ha dado por demostrado el requisito de procedibilidad cuando la petición "...tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia".¹⁴.

En este caso, con la demanda se acompañó copia de la petición radicada el 9 de octubre de 2019, ante el Director Ejecutivo y la Subdirectora Nacional de Apoyo a la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, la cual procuraba por que la accionada diera cumplimiento al contenido del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014.

Por su parte, mediante Oficio No. SACCE-30700 de 15 de octubre de 2019, la Subdirectora Nacional de Apoyo a la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, en atención a la solicitud de la demandante, en términos similares a los expuestos en este proceso judicial, informó los trámites adelantados para dar cumplimiento al contenido del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014.

De acuerdo con lo anterior, no hay duda que previo a acudir al ejercicio de la presente acción de cumplimiento, la parte actora agotó en debida forma el requisito de renuencia.

2.4. De la procedencia de la acción de cumplimiento

Se advierte que la presente demanda pretende que se ordene el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, a la Fiscalía General de la Nación y, en consecuencia, convoque a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo, frente a lo cual no se advierte la existencia de otro mecanismo judicial para su exigencia.

Igualmente, se debe manifestar que el precepto que se pide ordenar cumplir es actualmente exigible en la medida que no está derogado o suspendido y tampoco se evidencia que lo pretendido por la actora involucre la protección de derechos fundamentales que puedan ser invocados vía acción de tutela

Advierte la Sala que la accionada sostiene que la acción deviene improcedente porque la norma que se pide hacer cumplir implica gasto, según lo dispone el parágrafo¹⁵ del artículo 9° de la Ley 393 de 1997; empero, debe destacarse que esta Sección ha concluido que esa causal puede ser superada cuando dicho gasto está debidamente presupuestado¹⁶.

En este caso, debe advertirse que el propio Decreto Ley 020 de 2014, en su artículo 46 dispuso la forma en que serán financiados los concursos, en los

¹⁴ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencias del 21 de noviembre de 2002, exp. ACU-1614 y del 17 de marzo de 2011, exp. 2011-00019.

¹⁵ **PARÁGRAFO.** La Acción regulada en la presente Ley **no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos**". (Negrilla y subraya fuera de texto).

¹⁶ Al respecto puede consultarse la sentencia de 3 de abril de 2014, Rad. No. 2013-01288-01, actor: María Luisa Guerrero Narváez, M.P. Alberto Yepes Barreiro

siguientes términos:

“FINANCIACIÓN DE LOS CONCURSOS. Los concursos o procesos de selección que realice la Fiscalía General de la Nación o sus entidades adscritas, con el fin de proveer los cargos de carrera, serán financiados con los recursos percibidos a través de derechos de inscripción que deberán pagar los aspirantes. El faltante será cubierto con el presupuesto general de la institución convocante”.
(...).” (Subraya fuera de texto original).

Así las cosas, si bien en principio es acertado afirmar que el cumplimiento de la norma que requiere la parte demandante implica la ejecución de gasto, también lo es que el mismo debe cubrirse mediante los recursos obtenidos de las inscripciones y en últimas del presupuesto de la Fiscalía General de la Nación.

De lo anterior, se concluye que se trata de un gasto presupuestado y deriva en la no configuración de la causal de improcedencia a la que refiere la accionada.

Por las razones expuestas, se determina que la acción de cumplimiento es procedente y se debe analizar el fondo de las pretensiones de la parte demandante.

2.5. Caso concreto

Se reitera que la demandante advierte el incumplimiento, por parte de la Fiscalía General de la Nación, respecto del contenido del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014¹⁷, que dispone:

“CONVOCATORIAS A CONCURSO O PROCESO DE SELECCIÓN. Dentro de los tres (3) años siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto ley, las Comisiones de la Carrera Especial deberán convocar a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo.

Para garantizar la continuidad del servicio y su no afectación, los concursos para proveer los empleos de carrera de la Fiscalía **se realizarán de manera gradual y en distintos tiempos, teniendo en cuenta las plantas globales a las cuales pertenezcan los empleos a proveer.**

Con el mismo fin señalado en el inciso anterior, los concursos o procesos de selección para proveer los empleos de carrera de las entidades adscritas se adelantarán de manera gradual y en distintos tiempos”.

Anticipa la Sala que comparte la conclusión a la cual arribó el Tribunal, según la cual, el anterior precepto contiene un mandato claro, expreso y exigible en cabeza de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, que se resume en que, dentro de los tres años siguientes al 9 de enero de 2014, se convoque a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo.

¹⁷ 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

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación considera que si bien es cierto no ha convocado a concurso, sí ha adelantado algunas gestiones administrativas necesarias para tal finalidad y señala que el Decreto Ley 898 de 2017¹⁸, reestructuró la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, “...lo que hace necesario nuevos estudios por parte de la Subdirección Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial, para poder adelantar las convocatorias a que hay lugar”.

Así las cosas, considera que previo a convocar el concurso es necesario “...realizar una serie de gestiones de planificación, adecuación estudios, suscribir convenios con instituciones de educación acreditadas; así como establecer los costos y presupuesto que se requiera proveer, lo cual conlleva una serie de etapas y tiempo en su realización”.

Luego de analizar los argumentos de defensa expuestos por la accionada, advierte la Sala que es lo cierto que el Decreto Ley 898 de 2017, modificó parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, pero también lo es que dicha norma no alteró el contenido del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, y tampoco amplió el plazo para convocar a concurso, lo que impone que el lapso concedido de 3 (tres) años para abrir la convocatoria no ha sido modificado.

Sumado a lo anterior, debe señalarse que incluso advirtiendo que la modificación a la planta de personal impuesta por el Decreto Ley 898 de 2017, conllevó a reevaluar los estudios adelantados para someter a concurso las plazas vacantes definitivamente o aquellas provistas mediante nombramiento provisional o encargo, debe tenerse en consideración que dicha norma se dictó hace más de tres (3) años, lo que demuestra que la argumentación expuesta para justificar el no cumplimiento del contenido del artículo 118 de del Decreto Ley 020 de 2014, carece de vocación de prosperidad.

Valga señalar que es lo cierto que la accionada ha contado con un lapso superior a 6 años, para atender la exigencia impuesta en el decreto ley en mención, sin embargo, como lo ha manifestado en sus intervenciones no se ha culminado con lo que denomina el proceso de “ajuste institucional respecto de la planta de personal, insumo principal para establecer la Oferta Pública de Empleos de Carrera Especial...” y señala que está “...adelantado la fase de estructuración de los concursos o procesos de selección (...) así como la revisión y/o actualización del Manual Específico de Funciones y Requisitos...”, lo que da cuenta que no se ha cumplido con el mandato que exige cumplir la parte actora.

Por otra parte, advierte la accionada que “...el término dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, para la realización de Concursos de mérito para la provisión definitiva de los cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación resulta insuficiente, toda vez que con la nueva estructura de la planta de cargos y el enfoque misional en relación con el postconflicto asumido por el Ente ha

¹⁸ “Por el cual se crea al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en cumplimiento a lo dispuesto en el Punto 3.4.4 del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, se determinan lineamientos básicos para su conformación y, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones”.

obligado a la modificación tanto de su estructura orgánica como del Manual de Funciones en cumplimiento del principio de planeación...”.

Al respecto, debe señalarse que dicho reparo se dirige al contenido normativo del precepto legal que se dice desatendido y este juez constitucional carece de competencia para analizar la legalidad de dicho decreto ley, pues el objeto de la acción de cumplimiento es procurar por el acatamiento del ordenamiento jurídico sin que le sea atribuible juzgar su legalidad.

Resta a la Sala manifestar que si bien hay lugar a confirmar el fallo impugnado es necesario aclarar que el plazo concedido para acatar lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, no lo es para la consecución de recursos económicos, pues como ya se precisó esto está regulado por el mismo decreto en su artículo 46, sino para adelantar las actividades necesarias a fin de convocar a concurso los cargos de carrera, vacantes de manera definitiva o provistos mediante nombramiento provisional o en encargo.

En conclusión, la Sala confirmará la sentencia impugnada, pues los argumentos de la accionada contrario a demostrar el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, dan cuenta que a la fecha no se ha convocado a los concursos que allí se ordenan, en los términos antes expuestos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 4 de marzo de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”