

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A



Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁEZ VARGAS

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 250002342000201300360 02 (0849-14)

Demandante: Moisés Sabogal Quintero

Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de noviembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda, subsección C- que denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

El señor Moisés Sabogal Quintero, por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal declarar la nulidad de la Resolución 0-0909 del 13 de junio de 2012, dictada por el Fiscal General de la Nación (e), por la cual se modificó el carácter de su vinculación en propiedad como fiscal delegado ante Tribunal Superior de Distrito Judicial, y se dispuso que este se entendía en provisionalidad.

Como restablecimiento del derecho pidió que se mantenga incólume la vigencia de la Resolución 0-2454 del 20 de octubre de 2010, por medio de la cual el fiscal general de la Nación lo nombró en propiedad en el mencionado cargo y, en consecuencia, se restablezca la orden de inscripción en el Registro Único de Inscripción en Carrera –RUIC- de la Fiscalía General de la Nación, efectuada mediante la Resolución 002 del 12 de enero de 2011, dictada por la vicefiscal general de la Nación (e).

Asimismo, solicitó que se condene a la demandada al pago de los perjuicios morales causados con ocasión de la revocatoria de su nombramiento en propiedad y su transición en nombramiento de provisionalidad, tasados en la suma de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, con base en la magnitud de la afectación moral que le representa haber perdido de manera irregular su condición laboral que le daba estabilidad en el empleo.

1.1.2. Hechos

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones se pueden resumir así:

El señor Moisés Sabogal Quintero labora para la Fiscalía General de la Nación desde el 1 de junio de 1994, fecha en la que se vinculó en propiedad en el cargo de fiscal delegado ante los Jueces Penales Municipales en la Seccional de Neiva. En junio de 2005 fue nombrado fiscal especializado en provisionalidad ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Por Acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008 se publicó el registro definitivo de elegibles de la Convocatoria 004 de 2007 que ofrecía 52 cargos, en el que ocupó el puesto 61 con 76 puntos y en el que obtuvo empate con otros concursantes.

Al percatarse del empate elevó petición ante la Comisión Nacional de Administración de carrera de la Fiscalía General de la Nación, para que lo dirimiera de conformidad con el numeral 23 del artículo 2 de la Ley 403 de 1997, modificada por el decreto Nacional 2559 de 1997. Para tal efecto aportó los soportes de haber sufragado en las últimas elecciones presidenciales y parlamentarias en Colombia.

Mediante Acuerdo 032 del 30 de diciembre de 2009 se conformó un nuevo registro de elegibles, en el que conservó la puntuación. Sin embargo, en el Acuerdo 001 del 19 de enero de 2010, se le descendió al puesto 64 con los mismos 76 puntos.

El fiscal general de la Nación, dando cumplimiento a diferentes fallos de tutela, mediante Resolución 0-2454 del 20 de octubre de 2010 lo nombró fiscal delegado ante Tribunal de Distrito, en periodo de prueba. Luego de superado

el periodo de prueba lo nombró en propiedad, mediante Resolución 0-2454 del 20 de octubre de 2010 y ordenó su inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución 002 del 12 de enero de 2011.

Posteriormente, mediante la Resolución 0-0909 del 13 de junio de 2012, expedida por el fiscal general de la Nación con fundamento en la sentencia SU-446 de 2011, proferida por la Corte Constitucional al revisar algunos fallos de tutela que ordenaron proveer todas las vacantes con el registro de elegibles, modificó el carácter de su nombramiento en propiedad, en el sentido de disponer que su vinculación se entendía en provisionalidad.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante citó como normas violadas los artículos 25, 29, 53, 83, 125 y 209 de la Constitución Política, y 3 de la Ley 1437 de 2011.

Al desarrollar el concepto de violación alegó que la Fiscalía General de la Nación afectó su derecho fundamental al debido proceso, en cuanto, mediante el acto administrativo demandado, desatendió el ordenamiento jurídico establecido en la ley para revocar actos de carácter particular y concreto, ya que modificó el nombramiento en propiedad que se le había hecho, trasladándolo a una situación jurídica laboral desfavorable, sin contar con su anuencia y sin acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para demandar su propio acto.

Señaló que dentro del contexto de todas las tutelas que se originaron por el concurso de la Fiscalía General de la Nación, y que terminaron siendo unificadas por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU 446 de 2011, él no fue demandante ni expresamente convocado, toda vez que su

designación fue en propiedad, después de haber superado todo el rigorismo del proceso de selección. Fue designado en período de prueba y calificado satisfactoriamente, lo que llevó a que, en virtud del artículo 68 de la Ley 938 de 2004, se le nombrara en propiedad conforme a la Resolución 02454 del 20 de octubre de 2010. Por ello considera que a la Corte Constitucional no le estaba permitido arrogarse competencia y menos de manera desfavorable.

Advirtió que los efectos *inter comunis* expresados por la Corte Constitucional en la sentencia SU 446 de 2011, solo son factibles en la medida en que la providencia se aplique para la vulneración de derechos fundamentales similares e iguales de ciudadanos que se vieron afectados por el hecho o acto estatal que lo generó; pero no se puede usar para vulnerar derechos fundamentales de terceros que no fueron vinculados al proceso.

Sostuvo que el Fiscal General de la Nación vulneró la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, pues a pesar de las orientaciones de la Corte Constitucional en la sentencia SU 446 de 2011, esa corporación no era la autoridad jurídicamente competente para producir una afirmación jurídica genérica con afectaciones particulares, sin controversia, ni audiencia, ni defensa, como para entenderla con capacidad de sustituir al órgano contencioso administrativo en la pérdida de ejecutoria del acto administrativo que lo nombró en propiedad como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Aseguró que el acto administrativo acusado está viciado de falsa motivación, ya que no existe coincidencia fáctica y jurídica entre lo argumentado y la realidad, ni obedece a criterios de legalidad y apreciación razonable.

1.2. Contestación de la demanda

La Fiscalía General de la Nación no contestó la demanda, pese a estar debidamente notificada.¹

1.3. La sentencia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda.

Se refirió a los efectos de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, respecto de lo cual señaló que si bien, por regla general, son *inter partes*, ello no se opone a los efectos vinculantes de estas.

Agregó que la Corte Constitucional se encuentra facultada para modular las providencias que dicta, razón por la cual, en ocasiones ha extendido sus efectos cuando ha considerado procedente que lo allí debatido y decidido resulte aplicable a casos semejantes, es decir, *inter partes* e *inter comunis*.

En consecuencia, advirtió, bien podía la Corte Constitucional extender los efectos de la sentencia de unificación SU 446 de 2011, a terceros que no se encontraban vinculados en el trámite de la revisión, pero que se verían afectados con la decisión que allí se tomó, máxime cuando, precisamente, lo que se pretendió fue evitar las consecuencias negativas que se producirían al momento de dar cumplimiento a lo allí dispuesto, toda vez que las reglas del concurso son obligatorias y, por tanto, la utilización del registro de elegibles para proveer un número mayor de empleos de los que fueron ofertados, quebrantó las normas que lo regían.

¹ Folios 105 y 106

Explicó que, bajo ese entendido, todos aquellos que como el señor Sabogal Quintero habían sido nombrados en empleos de funcionarios con vinculación provisional, pero cuyo puesto en la lista de elegibles superaba el de las plazas convocadas, no tenían derecho a permanecer en dichos cargos y, consecuentemente, debían ser retirados de la institución, situación que trató de ser limitada con los efectos *inter comunis* de la sentencia.

De acuerdo con lo anterior indicó que no resulta de recibo el argumento del actor, según el cual, como no hizo parte de ninguna de las acciones de tutela que en sede de revisión dieron origen a la sentencia SU 446/11, los efectos *inter comunis* con los que la Corte Constitucional moduló su decisión, no le podían perturbar negativamente, ya que, precisamente, este tipo de modulación lo que pretende es incluir a terceros que pueden verse afectados con las resultas del proceso y, adicionalmente, dichos efectos, lejos de resultarle negativos, propendieron por proteger sus derechos constitucionales fundamentales a la buena fe y confianza legítima, evitando su desvinculación inmediata del empleo para el cual fue nombrado, pese a que dicho nombramiento resultó contrario a las normas del concurso de méritos.

Anotó que el acto acusado no entrañó una decisión autónoma de la entidad accionada, sino que obedeció a una medida adoptada en cumplimiento de una sentencia de la Corte Constitucional que le ordenó que a los servidores nombrados por fuera de los cargos que se convocaron en el año 2007, les fuera cambiado el tipo de vinculación a provisional, como ocurrió en el caso del demandante.

1.4. El recurso de apelación

Reiteró que el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad porque no se realizó el procedimiento administrativo de revocatoria directa.

Alegó que si bien es cierto por disposición de la sentencia de tutela de la Corte Constitucional, los nombramientos a efectuar en desarrollo de las convocatorias 003 y 004 del 2007 solo podían llegar hasta el número de 52 de los participantes, ello no era óbice para que previamente se le comunicara como afectado tal decisión, por lo que podría pensarse que efectivamente no se observó el debido proceso.

Advirtió que este caso no se presenta ninguna de las causales para revocar un acto administrativo sin el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho; por tal razón, la conclusión del *a quo* resulta contraria a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en el sentido de que los actos administrativos que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrán ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del titular, salvo cuando resulten del silencio administrativo positivo, se den las causales previstas en el artículo 69 del Código Contencioso-Administrativo, o fuere evidente que el acto se produjo por medios ilegales.

1.5. Alegatos de conclusión

El demandante, dentro del término para alegar de conclusión, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.²

La parte demandada guardó silencio en esta etapa procesal.³

1.6. El Ministerio Público

No rindió concepto.⁴

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia y en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer: i) si el acto acusado, proferido en cumplimiento de una sentencia judicial, es susceptible de control jurisdiccional; ii) si la situación del demandante se ajustaba a los supuestos fácticos de la sentencia SU-446 de 2011, proferida 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.

2.1.1. 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

² Folios 235-240

³ Folio 241

⁴ *Ibidem*

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, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado.

Sin embargo, como lo establecido la jurisprudencia de esta Corporación, hay lugar a estudiar la legalidad de los actos de ejecución, en forma excepcional, cuando la decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el juez o crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica entre el Estado y el particular que no fue objeto de debate judicial.⁵

Respecto de los actos de ejecución expedidos en cumplimiento de una acción de tutela, esta Sala advirtió⁶ que dicho mecanismo constitucional tiene por objeto la protección de derechos fundamentales, lo cual no impide que el juez natural conozca de las demandas contra actos administrativos de ejecución expedidos por virtud de dicha acción. Así discurrió:

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

⁵ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Expediente 1654-14. Consejero ponente: William Hernández Gómez.

⁶ 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).

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.

Por consiguiente, frente a los actos de ejecución expedidos en virtud de un fallo de tutela, se deben examinar en cada caso particular los elementos que resulten vinculantes para la producción del acto, es decir: i) si creó o, 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 definitiva; y iv) si su asunto ha sido objeto o no de control de legalidad por parte de su juez natural.

Sobre el asunto objeto de estudio, esta Sala tuvo oportunidad de pronunciarse al resolver un caso de contornos fácticos similares⁷, en el que se logró establecer que la sentencia de tutela SU-446 de 2011, emitida por la Corte Constitucional, contenía una orden genérica respecto de quienes fueron nombrados en propiedad en determinados cargos, en la Fiscalía General de la Nación. Este mandato se concretó en el acto administrativo cuestionado y, por consiguiente, en principio, no sería susceptible de control judicial.

Sin embargo, como el demandante alega que la Fiscalía al dar cumplimiento a la referida sentencia excedió los límites de esta, teniendo en cuenta que su caso era particular, en la medida en que se encontraba nombrado en propiedad y, por ende, ostentaba derechos de carrera, se torna procedente estudiar si 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 y si

⁷ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Expediente 1654-14. Consejero ponente: William Hernández Gómez.

con ocasión de acatarla se decidieron situaciones ajenas al debate judicial que allí se resolvió.

2.1.2. De los supuestos fácticos de la sentencia SU 446 de 2011 y los presentados en el caso del demandante

2.1.2.1. Del concurso público convocado por la Fiscalía General de la Nación

En desarrollo de la Ley 938 de 2004 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía) se convocó a Concurso de Méritos para proveer algunos cargos de Fiscales delegados, por medio de las Convocatorias 001 a 006 de 2007.

Una vez cumplidas las etapas respectivas, se conformó la lista de elegibles mediante Acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008, modificado por el Acuerdo 032 del 30 de diciembre de 2009 y aclarado por Acuerdo 001 del 19 de enero de 2010.

Con base en el registro de elegibles, el Fiscal General de la Nación dio por terminados 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 similares⁸, la Corte Suprema de Justicia⁹ amparó los derechos 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».

Así, en sentencias del 4 y del 11 de febrero de 2010¹⁰, entre otras, reiteradas en fallo del 27 de mayo de 2010, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró:¹¹

(...) no resulta válido afirmar que con la tesis de esta Corte (vale decir la obligación de proveer con el residual registro de elegibles las vacantes existentes que superen el número de las convocadas) se quebranta el debido proceso - como se anunciaba folios atrás- pues se irrespetarían así las reglas del concurso.

No. Al contrario, fue justamente esta Sala de Tutelas la que -de alguna manera- obligó a la Fiscalía a que cumpliera su deber de proveer la totalidad de cargos convocados (4.697), cumpliéndose tal orden a 19 de abril de 2010, con lo cual, NINGUNO de los aspirantes que clasificaron en el concurso dentro de aquel rango puede decir hoy que se violó derecho alguno, así como puede

⁸ 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.

⁹ Ver entre otras sentencias T-48023 de 27 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

¹⁰ Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero. Expedientes de tutela números 45366 y 46338, respectivamente.

¹¹ Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero. Expediente de tutela 48023

también hoy en día la Fiscalía pregonar que a cabalidad cumplió (aún en la forma conocida) con la convocatoria y el concurso.

El problema ahora planteado es otro, y casi podría limitarse al cumplimiento del artículo 66 del Estatuto que rige el concurso, ya transcrito antes, de tal modo que con el residual registro de elegibles, mientras perdure su vida jurídica - que es de dos años- deben proveerse las vacantes que se presenten durante su vigencia, como paladinamente lo precisa el reseñado dispositivo legal, vale decir para cargos de fiscal local los 1530, seccional 1607, especializados 399, delegado ante Tribunal 144 que queden vacantes, esto es, aún en provisionalidad, hasta proveer todas estas plazas o hasta el agotamiento del registro, según lo que se cumpla primero.

Mediante la Resolución 0-1209 del 2 de julio de 2010,¹² en cumplimiento de lo anterior la Fiscalía General de la Nación nombró en periodo de prueba, entre otros al demandante.

Posteriormente, la Corte Constitucional estudió varias acciones de tutela interpuestas por dos grupos de ciudadanos que fueron individualizados así: «En el primer grupo de casos seleccionados, se hallan quienes participaron en una o dos de las seis convocatorias que abrió la Fiscalía General de la Nación en el año 2007 y aunque superaron el concurso, por el puesto que ocuparon en el registro de elegibles y que excedía el número de plazas a proveer según los términos de cada una de ella, no fueron nombrados; y «En el segundo grupo de casos seleccionados, están quienes desempeñaban un cargo en la Fiscalía en provisionalidad y: i) no participaron en ninguna de las convocatorias o, ii) participaron, pero no alcanzaron el puntaje mínimo o, iii) se encontraban en la lista de elegibles en un puesto que excedía el número de plazas convocadas, razón por la cual no fueron nombrados (...)».

Las referidas acciones de tutela fueron resueltas mediante sentencia SU-446 del 26 de mayo de 2011, en la cual la Corte Constitucional acogió en buena

¹² Folios 41-43

parte la posición asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de 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».

La Corte Constitucional consideró que una vez la Fiscalía General de la Nación proveyó los cargos objeto del concurso con el registro de elegibles, Acuerdo 007 de 2008 y sus actos aclaratorios, ese acto administrativo cumplió su razón de ser y por ende, se agotó. Es decir que a aquellos concursantes que estaban en la lista por fuera del número de cargos ofertados sólo les asistía una expectativa legítima a ser nombrados en el evento de una vacante en esas plazas, siempre y cuando la lista estuviera vigente.

Entre las diferentes decisiones que emitió, determinó que solo 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».

De otra parte, 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.

Al respecto, consideró:

La interpretación que hizo la mencionada Sala de Decisión de Tutelas, generó que personas que no alcanzaron el rango de los puestos ofertados, es decir, que no cumplieron uno de los requisitos del concurso, estén ocupando un cargo en propiedad pese a que su designación se hizo desconociendo una de sus reglas.

La revocatoria de la decisión de la Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, impone a esta Corporación señalar una medida expresa frente a esos nombramientos, porque la consecuencia lógica es que las personas nombradas en las plazas que no fueron ofertadas carezcan de un título legítimo para aducir derechos propios de la carrera, tales como la permanencia, la estabilidad, el ascenso, etc.

Por tanto, se impone precisar que los concursantes que fueron nombrados con fundamento en la orden que profirió la Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, no pueden alegar un derecho adquirido a permanecer en la carrera de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto su acceso tuvo como sustento la decisión judicial que ahora se revoca y que, en consecuencia, hace que las medidas que se basaron en ella queden sin soporte jurídico, razón por la que la Sala debe ordenar a la Fiscal General de la Nación que todos los servidores designados en la entidad con fundamento o como consecuencia de la orden de tutela que se deja sin efecto, permanezcan en los cargos en los que fueron nombrados pero bajo el entendido de que su vinculación es de carácter provisional y no de carrera, puesto que el puesto que ocuparon en la lista de elegibles no les daba el derecho a acceder a ella, por cuanto la lista de elegibles se agotó cuando los cargos ofertados fueron provistos.

La decisión de mantener la vinculación de las personas que fueron designadas con fundamento en el fallo que esta Sala revocará, pero con un carácter provisional, busca garantizar el principio de confianza legítima que a ellos les asiste, pues la Corte Constitucional no pudo alterar súbitamente su situación jurídica permitiendo que el ente fiscal los desvincule de la institución por no estar amparados en el régimen de carrera.

Se impone, entonces, en aplicación de dicho principio, que las personas designadas en los cargos de carrera sin derecho a ello, se mantengan en dichas plazas pero como servidores en provisionalidad.

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. Al efecto, dispuso que la orden impartida «debe cobijar no solo a

quienes interpusieron las tutelas cuya decisión ahora se revoca, sino a todos aquellos que se encuentren en situaciones jurídicas análogas a las que dieron origen a este fallo, como una forma de proteger el derecho a la igualdad. En ese sentido, todas las personas nombradas en la Fiscalía General de la Nación con desconocimiento de la regla del concurso relativa al número de plazas a proveer, quedarán obligadas por esta decisión y no podrán alegar los derechos propios de la carrera de la Fiscalía.»

2.1.2.2. Del 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. Asegura 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, se tiene que la mencionada sentencia ordenó:

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.

Si bien la orden no hace referencia particular al demandante Moisés Sabogal, lo cierto es que la orden fue contundente en disponer que la decisión adoptada cobijaba a 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 consecuencia, la Fiscalía General de la Nación ejecutó el fallo de la Corte Constitucional por medio de la Resolución 00909 de 13 de junio de 2012, modificando la vinculación de algunos servidores, entre ellos el demandante.

En el referido acto la entidad dispuso:

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

(...)

PUESTO	CEDULA	NOMBRE	NÚMERO Y FECHA DE RESOLUCIÓN	UBICACIÓN ACTUAL
64	19339447	SABOGAL QUINTERO MOISÉS	Resolución No. 0-2454 de 20 de octubre de 2010	DIR. SEC. FISCALÍAS - BOGOTÁ

[...]

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.
(...).

Ahora bien, el demandante concursó para la convocatoria 004 de 2007¹³, correspondiente al cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito, en dicha convocatoria se determinó que esta 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 la Nación, profirió el Acuerdo 007 de 24 de noviembre de 2008, modificado por el Acuerdo 032 de 30 de diciembre de 2009¹⁴ y luego por el Acuerdo 001 de 19 de enero de 2010¹⁵, 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.

Posteriormente y luego de emitidas las diferentes sentencias de tutelas referidas, la Fiscalía General de la Nación, nombró al actor en el cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito, en periodo de prueba. Ello se concretó en la Resolución 0-1209 de 21 de julio de 2010.¹⁶

Posteriormente, y por tener calificación satisfactoria durante el periodo de prueba, por medio de la Resolución 0-2454 de 20 de octubre de 2010¹⁷, se le

¹³ Folios 7 y 8

¹⁴ Folios 9-13

¹⁵ Folios 14-20

¹⁶ Folios 41-43

¹⁷ Folio 60

nombró en propiedad en el cargo de Fiscal ante Tribunal de Distrito, adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Antioquia¹⁸.

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 64¹⁹, 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 SU-446 de 2011, no se encuentra que esta haya sobrepasado los límites de la orden judicial impartida.

En 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 excedió los supuestos de la orden judicial.

En efecto, como lo dijo el Tribunal, el cambio de vinculación del demandante se dio con la sentencia de unificación de la Corte Constitucional y no con el acto acusado en este proceso, pues, se repite, la parte resolutive de la sentencia SU 446 de 2011, fue clara en determinar que 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

¹⁸ Folios 58, 59

¹⁹ Folio 18

sujeción a la regla del número de plazas a proveer, en los términos de cada una de las convocatorias, se entenderían como servidores en provisionalidad.

Por lo tanto, la Fiscalía General de la Nación no estaba obligada a obtener el consentimiento expreso del actor para modificar lo dispuesto en la Resolución 0-2454 del 20 de octubre de 2010, por la cual se le había nombrado en propiedad en el cargo de Fiscal delegado ante Tribunal del Distrito, ni a demandar su propio acto ante esta jurisdicción, ya que la situación fue objeto de estudio en sede de tutela por la Corte Constitucional, y fue dicho Tribunal el que dispuso que su vinculación sería en provisionalidad.

Finalmente, respecto del empate que se presentó entre el actor y 19 concursantes más²⁰, en el puesto 61, circunstancia que le daba derecho a ser nombrado dentro de los cargos ofertados, la Sala comparte el razonamiento del Tribunal en el sentido de que tal situación no fue resuelta mediante el acto acusado, ni se planteó como objeto de controversia en este proceso el procedimiento utilizado para dirimirlo. Por lo tanto, no hay lugar a realizar un pronunciamiento en relación con dicho argumento.

En este orden de ideas, comoquiera que no se logró desvirtuar la legalidad del acto acusado, se impone confirmar la sentencia apelada.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016²¹, respecto de la condena

²⁰ Acuerdo del 30 de diciembre de 2009, expedido por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual se modificó el Registro Definitivo de Elegibles. (Págs. 151-152)

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que 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 estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, teniendo en cuenta la inactividad de la demandada.

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

CONFIRMAR la sentencia del 29 de noviembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda, subsección C- que denegó las pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS