



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

CONSEJERO PONENTE: William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 7 de diciembre de 2016

Expediente: 73-001-23-33-000-2013-00149-01
N.º Interno: 0751-2014
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Isabel Carrillo Perdomo
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-040-2016

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2013 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Isabel Carrillo Perdomo en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, demandó a la Nación, Fiscalía General de la Nación.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

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 establecer el objeto del proceso y de la prueba.¹

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:

¹ Hernández Gómez William, Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

Decisión de excepciones previas art. 180-6 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 [...]»²

A folio 84 y CD a folio 90, en el presente caso se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] La parte demandada no planteó las excepciones relacionadas anteriormente y efectuada una revisión de oficio tampoco se encuentran probadas, motivo por el cual este asunto queda agotado [...]»

Contra esta decisión no se presentaron recursos.

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.[...]»³

² Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

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

A folios 85 y 86 y CD a folio 90, en el sub-examine en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto de las pretensiones, los hechos relevantes y las diferencias, así:

Pretensiones

«[...] Se circunscribe a establecer si hay vulneración del ordenamiento jurídico con la expedición del Oficio 6000-14-0270 del 27 de septiembre de 2012, expedido por el analista de personal de la Fiscalía General de la Nación, mediante el cual se niega a la demandante el reconocimiento y pago de los emolumentos dejados de percibir durante el período en que estuvo desvinculada de dicha entidad. [...]»

Contra esta decisión no se presentaron recursos.

Hechos relevantes según la fijación del litigio.

Según el CD que obra a folio 90 se fijaron los siguientes hechos:

«[...]»

1. El 4 de abril de 2010, la señora Isabel Carrillo Perdomo fue desvinculada del cargo de Fiscal Delegada ante los juzgados promiscuos municipales de Ibagué, cargo que ocupaba en provisionalidad, afirmando que la entidad

demandada desconoció su condición de madre cabeza de familia.

2. El 2 de septiembre de 2012 fue reincorporada a su cargo dando cumplimiento a la sentencia SU-446 de 2011 proferida por la Corte Constitucional.
3. El 29 de marzo de 2010 la demandante elevó un derecho de petición ante el Fiscal General de la Nación encargado, en el que solicitó se le informara el número de vacantes existentes en el cargo de fiscal delegado ante los jueces promiscuos municipales de Ibagué, obteniendo como respuesta que para dicho cargo se encuentran en provisionalidad 24 y vacantes 3 con fecha de corte el 17 de diciembre de 2010.
4. La demandante al ser reincorporada nuevamente a la Fiscalía General de la Nación, solicitó ante dicha entidad el reconocimiento y pago de los emolumentos dejados de percibir desde la fecha que estuvo desvinculada, período comprendido desde el 4 de abril de 2010 al 2 de septiembre de 2012, tales como salarios, incrementos, bonificaciones por actividad judicial, primas judiciales y la prima de productividad reconocida al cumplir un año de servicio, vacaciones, cesantías con sus respectivos intereses, aportes a la seguridad social y demás debidamente indexados. [...]»

Las partes estuvieron de acuerdo con los hechos.

Hechos donde hay diferencias.

A folio 85 el a quo señaló: «[...] De acuerdo con lo anterior se puede establecer que no hay consenso de las partes, en relación con los hechos, toda vez que la entidad demandada, Fiscalía General de la Nación, no se pronunció sobre los hechos en los que está de acuerdo y cuáles en desacuerdo, pues manifiesta que se atiene a lo que de ellos resulte probado dentro del proceso. [...]»

Sentencia apelada⁴

El a quo profirió sentencia en forma escrita en la cual denegó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Indicó que en la sentencia SU-446 de 2011 la Corte Constitucional señaló que la Fiscalía General de la Nación debía tener consideración frente a las personas que tenían una condición especial, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existieran vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando dichos sujetos de especial protección, debían ser vinculados en provisionalidad mientras se realizaba un nuevo concurso.

Afirmó que en las anteriores condiciones, si bien es cierto la Corte Constitucional reconoció la obligación que tenía la Fiscalía

⁴ Folios 94 a 107

General de la Nación de dar un trato preferencial a los provisionales que conforman el denominado «reten social» al momento de hacer los respectivos nombramientos en propiedad; no es menos cierto que resolvió no tutelar los derechos de quienes demostraron estar en dicha situación, en consideración a que no ostentaban el derecho legítimo a permanecer en el empleo, es decir, dio prevalencia a los derechos adquiridos por mérito, situación que pone de relieve la legalidad del acto administrativo demandado.

Aunado a lo anterior, advirtió que la entidad demandada dio cabal cumplimiento a la decisión judicial emitida por la Corte Constitucional, toda vez que ésta únicamente ordenó la vinculación en provisionalidad de aquellos servidores que fueron retirados por la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007 y que demostraran su condición de madre o padre cabeza de familia, persona próxima a pensionarse o persona en situación de discapacidad, sin hacer referencia alguna a salarios y demás prestaciones laborales de quienes fueran nuevamente nombrados.

Recurso de apelación⁵

El apoderado del demandante solicitó revocar la sentencia apelada, por considerar que se allegaron las suficientes pruebas documentales que dan cuenta de la relación laboral que mantenía la demandante y la entidad demandada, la condición de madre cabeza de familia, la terminación del vínculo laboral, la existencia de vacantes en el mismo cargo para la época de la

⁵ Folios 119 a 121

desvinculación, la reincorporación y la solicitud de reconocimiento de las acreencias laborales a las que tenía derecho.

Finalmente indicó que el Fiscal General de la Nación desbordó su poder discrecional frente a los empleados que ejercían de manera provisional y que estaban dentro del retén social, por lo cual, la demandante es acreedora del reconocimiento de los salarios y prestaciones dejadas de percibir por su desvinculación.

Alegatos de conclusión

Parte demandante: No presentó alegatos de conclusión en segunda instancia tal como consta a folio 172.

Parte demandada⁶: Consideró que la demanda «acusa un grave defecto en su confección de petitum», toda vez que no solicita la nulidad de ningún acto administrativo particular y concreto. Sin solicitar consecuentemente a dicha declaración, el restablecimiento del derecho conculcado.

Señaló que en la demanda no se impugnan los actos administrativos mediante los cuales se notificó la supresión del cargo, ni que pusieron fin a su cargo de Fiscal Delegada en provisionalidad ante los Jueces Promiscuos Municipales de la Dirección Seccional de Fiscalías de Ibagué, por tanto, el oficio demandado, constituye respuesta a una petición y no se constituye como el acto administrativo a demandar.

⁶ Folios 157 a 164

Concepto del Ministerio Público⁷: La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó se confirme la decisión de primera instancia, toda vez que la Fiscalía General de la Nación, en ejecución de la sentencia SU 446 de 2011, vinculó nuevamente a la demandante a la entidad, bajo una relación laboral nueva.

Aclaró que no se trató de una reincorporación al cargo que había ocupado, razón por la cual la entidad demandada no está obligada a pagar los emolumentos pretendidos en la demanda, toda vez que la relación entre las partes es diferente a la que se ejerció antes de su retiro.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

⁷ Folios 166 a 171

⁸ 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.

Problema jurídico

Los problemas jurídicos en el presente caso se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La sentencia SU-446 de 2011 proferida por la Corte Constitucional contiene una orden de reintegro de la señora Isabel Carrillo Perdomo al cargo de Fiscal Delegada del que fue desvinculada en virtud del concurso de méritos llevado a cabo por la Fiscalía General de la Nación en el año de 2007?
2. ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación en el cargo en provisionalidad de la Fiscalía General de la Nación y hasta su nueva vinculación en cumplimiento de la sentencia SU-446 de 2011 proferida por la Corte Constitucional?

Primer problema jurídico

¿La sentencia SU-446 de 2011 proferida por la Corte Constitucional contiene una orden de reintegro de la señora Isabel Carrillo Perdomo al cargo de Fiscal Delegada del que fue desvinculada en virtud del concurso de méritos llevado a cabo en la Fiscalía General de la Nación en el 2007?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La sentencia SU-446 de 2011 no contiene una orden de reintegro, sino la nueva vinculación en provisionalidad de las personas que se encuentren en condición de especial protección, sometida a la disponibilidad de plazas y cargos, con base en los siguientes argumentos:

Para desarrollar el problema jurídico planteado se desarrollarán los siguientes subtemas:

Concurso público convocado por la Fiscalía General de la Nación, para proveer cargos en carrera administrativa y la desvinculación de la demandante del cargo de fiscal delegada ante los jueces promiscuos de Ibagué, que ocupaba en provisionalidad.

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, empleos que conformaban la planta global de la entidad, 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.

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».

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁰ negó las acciones de tutelas interpuestas y frente al agotamiento de la lista de elegibles en

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

¹⁰ 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, radicación 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, radicación 18001-23-31-000-2010-00239-01.

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. En efecto, consideró:

«[...] Con el registro de elegibles se termina el concurso de méritos el cual estaba restringido a las normas reguladoras y obligatorias que contienen las convocatorias 01 a 06 de 2007, las cuales limitan el número y los cargos en ellas determinados, pues es a partir del registro que se procede a efectuar la provisión de las vacantes para las que se realizó el concurso, es decir, si de esos 52 cargos provistos mediante concurso se originan vacantes, se debe recurrir al registro de elegibles constituido para proveer las mismas.

Al haberse efectuado por parte de la entidad demandada los 52 nombramientos de Fiscales Delegados ante Tribunal Superior que fueron objeto de la convocatoria N° 004-2007, se agotó el concurso y por esa razón no podía la entidad designar otras personas incluidas en el registro de elegibles para proveer los cargos que se encontraban vacantes en la entidad, pues el concurso se había agotado y el registro sólo podía suplir las vacantes de los 52 cargos que fueron materia de la convocatoria.

Bajo estos supuestos, estima la Sala que la Fiscalía General de la Nación claramente excedió el registro de elegibles, producto de la Convocatoria 004-2007, al realizar nombramientos en 43 cargos que no fueron ofertados en la citada convocatoria. En este sentido, resulta evidente que la Fiscalía no se limitó, como lo ordenaba la Convocatoria 004-2007, a proveer los 52 cargos de Fiscal ante Tribunal de Distrito si no que, por el contrario, retiró del servicio a funcionarios vinculados en provisionalidad para designar en su reemplazo personas, que como el señor Demóstenes Camargo de Avila, habiendo ocupado el puesto 84, se encontraban por fuera del registro de elegibles, en tanto que cómo quedó visto sólo habían sido ofertados 52 cargos en la convocatoria.

En este punto, la Sala reitera lo expresado en el acápite número I, de las consideraciones de esta providencia, en cuanto que el registro de elegibles producto de las convocatorias 001, 002, 003, 004, 005 y 006 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación únicamente podía

ser utilizado para proveer los cargos ofertados por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera en el año 2007.[...]»

En el presente caso se observa a folios 423 a 426 del cuaderno 2 correspondiente a los antecedentes administrativos, que mediante la Resolución 0569 de 16 de marzo de 2010 el Fiscal General de la Nación en cumplimiento al fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia, en que se ordenó culminar la aplicación del sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación y nombrar a las personas que se encontraban en el registro de elegibles sin importar el tope de los cargos ofertados en la convocatoria, dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante en el cargo de Fiscal Delegada de la Dirección Seccional de Fiscalías de Ibagué, con el fin de garantizar el ingreso de quienes obtuvieron el derecho a ser nombrados en período de prueba por haber superado el concurso de méritos convocado por la Fiscalía General de la Nación.

De lo anterior se colige que frente a la provisión de empleos de carrera administrativa con el agotamiento de la lista de elegibles en cargos no convocados a concurso se presentaron posiciones contradictorias, toda vez que en decisiones de acciones de tutela la Corte Suprema de Justicia ordenó el nombramiento de las personas que se encontraban en el registro de elegibles así se superara el número de los cargos ofertados en la convocatoria, mientras que el Consejo de Estado señaló que el registro de elegibles podía ser utilizado únicamente para proveer los cargos ofertados.

Igualmente, se deduce que la desvinculación del demandante obedeció al cumplimiento de un fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional mediante la sentencia de unificación SU-446 de 2011 resolvió las diferencias que se plantearon al resolver las acciones de tutela proferidas por parte de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La mencionada sentencia 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 [...] ».

Razón por la cual, entre las diferentes decisiones que emitió, señaló 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 [...]».

Respecto a la discrecionalidad de la cual gozaba el Fiscal General de la Nación para definir en el marco de la planta global, los cargos específicos que serían provistos con el registro de elegibles y, la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres, padres cabeza de familia y, los prepensionados, la Corte Constitucional indicó que la única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación, era reemplazarlos por

una persona que hubiera ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas.

Señaló que en este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno, al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por alguien que ganó el concurso, porque la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron el concurso público de méritos.

Sin embargo, consideró la Corte Constitucional que la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa, a las siguientes personas: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 – fecha en que se expidió el Acuerdo de 2008 -, les faltaren tres años o menos para obtener la respectiva pensión, y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos eventos, señaló que la Fiscalía General de la Nación debió implementar mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones señaladas, fueran las últimas en ser desvinculadas, para no lesionar los derechos de ese grupo poblacional, en los términos del artículo 13 de la Constitución Política.

Por ello, la Corte Constitucional ordenó a la entidad demandada que dichas personas de ser posible, fueran nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía, de los que venían ocupando.

Sobre el particular la Corte Constitucional advirtió:

« [...] En el caso de los provisionales que son sujetos de especial protección, si bien la Corte no concederá la tutela, porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso.

La desvinculación de estos servidores solo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010 [...]»

De acuerdo con las consideraciones a las que se ha hecho referencia previamente, la Corte Constitucional en el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia SU 446 de 2011, ordenó:

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

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

En lo relativo al tema objeto de discusión en el presente caso, se deriva lo siguiente frente a los efectos de la SU 446 de 2011:

- No contiene una orden de reintegro de la demandante, la cual había sido desvinculada de la Fiscalía General de la Nación en virtud del concurso de méritos del 2007.
- Ordena es una nueva vinculación de los servidores que se encontraran dentro de las tres causales descritas de especial protección¹¹, pero supeditada a la disponibilidad de plazas o cargos.
- No incluyó un pronunciamiento expreso que indicara que la relación laboral de las personas que habían sido retiradas y, que posteriormente fueran nuevamente vinculadas, sería sin solución de continuidad.
- Por lo tanto, no ordenó el reconocimiento de los salarios y prestaciones dejadas de percibir por las personas sujetas a especial protección, que llegaron a ser vinculadas nuevamente, ni abrió dicha posibilidad.

En consecuencia, las decisiones adoptadas en la SU-446 de 2011 respecto a las eventuales vinculaciones de las personas con especial protección, son hacia el futuro, porque no retrotrajo los efectos de su desvinculación.

¹¹ i) ser madres o padres cabeza de familia; ii) ser persona próximas a pensionarse, entendiéndose a quiénes para el 24 de noviembre de 2008 – fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008 – les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

Vinculación de la demandante a la Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de la SU-446 de 2011 proferida por la Corte Constitucional.

Ahora bien, en el caso de la señora Isabel Carrillo Perdomo, observa la Subsección que la Fiscalía General de la Nación para dar cumplimiento a la sentencia SU-446 de 2011 desarrolló el siguiente procedimiento, el cual se encuentra en el cuaderno 2 de antecedentes administrativos:

1.- A folios 456 a 482 aportó documentos para probar su condición de madre cabeza de familia.

2.- A folio 503 consta el subproceso de vinculación de personal efectuado mediante el cual se certificó que una vez verificada la información suministrada en la hoja de vida de la demandante, presentó la totalidad de la documentación requerida para el proceso de vinculación a la entidad.

Así mismo, certifica: i) que reúne los requisitos para el cargo de Fiscal Delegada ante jueces municipales y promiscuos; ii) Que se realizó y aprobó el estudio de seguridad y la prueba psicológica.

2.- A folio 509 se observa el acta de posesión de 3 de septiembre de 2012 de la demandante en el cargo de Fiscal Delegada ante jueces penales municipales y promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Ibagué.

3.- A folio 510 reposa oficio dirigido al Fiscal General de la Nación, en el que la demandante acepta el nombramiento realizado.

Dentro de la totalidad de personas que solicitaron ser vinculadas nuevamente en los empleos de Fiscal Delegada, quien cumplió con la documentación requerida para acreditar su condición de madre cabeza de familia al momento de su desvinculación y al de su posible nombramiento entre otras fue la demandante.

Por tanto, mediante Resolución 1375 de 21 de agosto de 2012 (folios 502 a 507 del cuaderno 2 del expediente), el Fiscal General de la Nación, nombró en provisionalidad a la señora Isabel Carrillo Perdomo en el cargo de Fiscal Delegada de la Dirección de Fiscalías de Ibagué.

Este nuevo nombramiento lo realizó el Fiscal General de la Nación en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 3 de la parte resolutive de la sentencia SU 446 de 2011 para proteger a la demandante por su condición especial de ser madre cabeza de familia y, no como un reintegro, toda vez que la sentencia de unificación no tuteló los derechos de quienes demostraron estar en situación de protección especial, es decir, no retrotrajo sus efectos al momento del retiro del servicio, en consideración a que por estar nombrados en provisionalidad no ostentaban el derecho legítimo a permanecer en el empleo, es decir, dio prevalencia a los derechos adquiridos por mérito.

Por el contrario, para brindar la protección de los derechos de las personas en condición de protección especial, ordenó la nueva vinculación «de ser posible» a los cargos de los cuales fueron desvinculados, es decir, bajo una relación laboral diferente a la que ejerció antes de su retiro.

En conclusión: La sentencia SU 446 de 2011 no ordenó a la Fiscalía General de la Nación reintegrar a las personas desvinculadas con ocasión del concurso realizado en el 2007, por el contrario, ordenó una nueva vinculación de aquellas personas que demostraran su condición de especial de protección al momento de su desvinculación y, al de su posible nombramiento, sometida a la disponibilidad de plazas o cargo.

Así mismo, mediante Resolución 1375 de 21 de agosto de 2012 se nombró en provisionalidad a la demandante en el cargo de fiscal delegado ante jueces municipales y promiscuos de la Dirección de Fiscalías de Ibagué, en su calidad de madre cabeza de familia, una vez superado el proceso de incorporación señalado por la entidad demandada, en cumplimiento de la sentencia SU-446 de 2011, es decir se inició una nueva relación laboral.

Segundo problema jurídico

¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación en el cargo en provisionalidad de la Fiscalía General de la Nación y, hasta su nueva vinculación en cumplimiento de la sentencia SU 446 de 2011 proferida por la Corte Constitucional?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: A la demandante no le asiste el derecho reclamado, con base en los siguientes argumentos:

- El 10 de septiembre de 2012, la señora Isabel Carrillo Perdomo (folio 3), solicitó a la Directora Seccional Administrativa y Financiera (E) de la Fiscalía General de la Nación, el reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir en el tiempo durante el cual estuvo desvinculada de la entidad demandada esto es, del 4 de abril de 2010 al 2 de septiembre de 2012, con sus respectivos incrementos, bonificación por actividad judicial, primas ordinarias y la prima de productividad, vacaciones, sumas debidamente indexadas.
- Mediante el Oficio 60000-14-0270 de 27 de septiembre de 2012 (folio 4) expedido por la Analista de Personal (A) de la Fiscalía General de la Nación se dio respuesta a la petición en los siguientes términos:

«[...] De manera cordial y dando respuesta al derecho de petición de la referencia, comedidamente nos permitimos informarle que no es posible el reconocimiento de los dineros dejados de pagar durante el tiempo de desvinculación de la entidad, por cuanto el ingreso efectuado nuevamente a la Fiscalía General de la Nación fue como nueva funcionaria y no como reintegro a ella, de acuerdo a lo estipulado en la Resolución 01375 de 21 de agosto de 2012, emanada del despacho del señor Fiscal General de la Nación, con la cual se acatan (sic) la decisión de la Corte Constitucional contenida en la sentencia SU-446 de 2011, en donde en su artículo tercero hablan de vincular en forma provisional a los servidores retirados con fundamento en el concurso convocado en el año 2007 y no de reintegrar [...]»

De lo anterior se colige y como se indicó en el acápite anterior, la demandante fue nombrada en provisionalidad en cumplimiento de la orden impartida por la Corte Constitucional. Entendido este nombramiento como una nueva vinculación, no como un reintegro como lo pretende hacer ver la demandante.

Aunado a lo anterior se resalta que si bien la demandante deprecia el reconocimiento de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, sus pretensiones tienen origen en la desvinculación del cargo que ocupaba como Fiscal Delegada ante los jueces municipales y promiscuos mediante la Resolución 0569 de 16 de marzo de 2010, acto administrativo que goza de presunción de legalidad, toda vez que no obra prueba en el expediente que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo hubiera decretado su nulidad. Por lo tanto, aún genera efectos jurídicos y está vigente.

Corolario, no existe causa jurídica para lo deprecado por la demandante, porque del acto administrativo que ordenó nuevamente su vinculación, no se deduce la ilegalidad del retiro del servicio efectuado mediante la Resolución 0569 de 16 de marzo de 2010.

Tampoco tiene origen en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, ni en ningún proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso en la que se hubiera debatido la legalidad del acto de retiro.

En conclusión: La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales reclamados desde el 30 de septiembre de 4 de abril de 2010 al 2 de septiembre de 2012, toda vez que su vinculación en provisionalidad efectuada en cumplimiento de la sentencia SU 446 de 2011 no implica el reintegro a la Fiscalía General de la Nación, sino un nuevo nombramiento.

Así mismo porque las pretensiones de la misma tienen origen en la desvinculación del servicio, acto de retiro que goza de presunción de legalidad en la medida que no se probó que hubiera sido declarado nulo por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Decisión de segunda instancia.

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas.

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección¹² en el presente caso en virtud de que hubo intervención en esta instancia de la parte demandada, hay lugar a condenar en costas de segunda instancia a su favor y a cargo de la demandante, las cuales deberán liquidarse por el a quo.

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,

¹² 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, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2013 por el Tribunal Administrativo del Tolima que denegó las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Isabel Carrillo Perdomo contra la Nación, Fiscalía General de la Nación.

Segundo: Condenar en costas a la demandante y a favor de la parte demandada, las cuales se liquidarán por el a-quo.

Tercero: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

JCJG/SMG