



Función Pública

Sentencia 2020-00185 de 2020 Tribunal Administrativo de Cundinamarca

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN PRIMERA

SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS

Radicación: No.25000-23-41-000-2020-00185-00

Demandante: LUZ PATRICIA AGUDELO PATIÑO

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Decide la Sala la solicitud presentada por la señora Luz Patricia Agudelo Patiño, para obtener el cumplimiento por parte de la Fiscalía General de la Nación de lo establecido en el artículo 8° del Decreto 020 de 9 de enero de 2014.

I. ANTECEDENTES

A. Los hechos de la demanda

Del escrito de demanda, se extrae el siguiente fundamento fáctico (fls.1a 8):

I. El artículo 118 del Decreto 020 de 9 de enero de 2014, ordena a la Fiscalía General de la Nación, que a través de su Comisión de la Carrera Especial a saber:

"Dentro de los tres (3) años siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto Ley, convoque a concurso los cargos de carrera que se

encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo".

2. A renglón seguido, señala, a posibilidad de ejecutar esos concursos de forma gradual y en distintos tiempos para garantizar la no afectación en la prestación del servicio.

3. A la fecha de presentación de la presente acción, han transcurrido más de seis años sin que la entidad haya dado cumplimiento de forma efectiva con la orden establecida en el artículo 118 del Decreto 020 de 2014. Esto es, son más de tres años de mora en el cumplimiento de la misma.

4. Mediante derecho de petición se solicitó el cumplimiento de la norma en cuestión y/o los fundamentos de hecho y de derecho para su cumplimiento.

5. Ante dicho reclamo la Fiscalía General de la Nación, a través de la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial con Rad. No. 20197010006411 del 15/10/2019 entrega las siguientes explicaciones, en su opinión, insuficientes y desacertadas, a saber:

"Informó la entidad que La Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación convocó a concurso de ascenso mediante el Acuerdo No. 0023 del 4 de junio de 2015, modificado por el Acuerdo No. 0024 del 19 de junio de 2015 y por el Acuerdo No. 0042 del 15 de julio de 2015.

Que se convocó a concurso de ingreso mediante el Acuerdo no. 0043 del 4 de agosto de 2015, modificado por el Acuerdo No. 0045 del 28 de Agosto de 2015.

No obstante lo anterior, informó la Entidad que mediante sesión presencia / extraordinaria ad hoc del 18 de marzo de 2016, la Comisión de la Carrera Especial decidió dejar sin efectos los concursos arriba mencionados

Informó además, que también se hizo el intento de adelantar un concurso de ingreso y uno de ascenso para proveer los empleos vacantes del Área de Policía Judicial - CTI. No obstante, el proceso fue declarado desierto por deficiencias en la observancia del pliego de peticiones presentado en la licitación pública para la contratación del operador logístico del mismo.

A renglón seguido, la Entidad accionada excusa el incumplimiento de la norma en proceso de modernización institucional adelantado desde el año 2014, la culminación del concurso de méritos del Área Administrativa y Financiera del año 2008 y en la modificación parcial de la estructura y planta de cargos de la Fiscalía General de la Nación efectuada con el Decreto 898 del 29 de mayo de 2017.

Además, aduce que la norma no es clara, en cuanto no se indica por medio de que modalidad deben desarrollarse los concursos, ni la periodicidad para ello; para más adelante señalar que, el tiempo señalado en la norma es insuficiente por cuanto la Entidad ha sufrido cambios en su estructura orgánica.

Aunado a lo anterior, en su pliego de excusas, la Fiscalía General de la Nación argumenta que no es posible convocar a concurso en un solo momento todos los cargos de carrera vacantes, toda vez que, ello implicaría traumatismos en la prestación del servicio y demás.

Por último, explica la "complejidad" que conlleva adelantar procesos como éstos y sus costos, etc."

B. Las pretensiones

Con fundamento en lo anterior la parte actora solicitó que se acceda a las siguientes súplicas:

"Por todo lo anterior, se solicita 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 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." (fl. 6 - negrillas de la parte demandante).

C. La actuación judicial en esta Corporación

Por auto de 6 de febrero de 2020 (Fl. 44 y vito.), se admitió la acción de la referencia, el cual se notificó mediante correo electrónico enviado el día 7 del mismo mes y mismo año a la entidad demandada (Fl. 45).

D. La contestación de la demanda

A través de memorial radicado el 17 de febrero de 2020 (fls. 51 a 57 vitos.), por intermedio de apoderada judicial, la entidad demandada presentó el escrito de contestación, manifestando en síntesis lo siguiente:

Manifiesta que, la Fiscalía General de la Nación no ha incumplido la norma invocada por la señora Luz Patricia Agudelo Patiño, si bien es cierto el Decreto-Ley 020 del 9 de enero de 2014 "Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas 11

contempla el ingreso a la carrera a través de las modalidades de concurso o procesos de selección, también lo es que el Decreto-Ley del cual hoy se reclama su cumplimiento (art. 118), debe ser interpretado "integralmente" y no sesgada o subjetivamente como lo hace la accionante, pues 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.

Aunado a lo anterior, se tiene que el Gobierno Nacional expidió el Decreto-Ley 898 del 29 de mayo de 2017 "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", en el que entre otros aspectos se reestructuró la planta de personal de la Entidad, 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.

De igual forma, y como consecuencia de lo previsto en el Decreto-Ley 898 de 2017, el Fiscal General de la Nación expidió la Resolución No. 0-2358 del 29 de junio de 2017 "Por medio de la cual se distribuyen los cargos de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación", que modificó en forma parcial la estructura de la Entidad, y distribuyó los cargos de la planta de personal adoptada para cada área.

Así mismo, resaltó que para la ejecución de los procesos de selección o concurso, la entidad debe, no solo tener en cuenta las modificaciones sino además, realizar una serie de gestiones de planificación, adecuación, estudios, suscribir convenios con instituciones de educación superior acreditadas; así como establecer los costos y presupuesto que se requiera proveer, lo cual conlleva una serie de etapas y tiempo en su realización.

En igual sentido, respecto del cumplimiento en lo que atañe con el trámite de convocatorias y concursos, se hace necesario presentar los argumentos expuestos por la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación:

"(...) La Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación convocó a concurso de ascenso mediante el Acuerdo No. 0023 del 04 de junio de 2015 "[por el cual se reglamenta y se convoca el proceso de selección de Concurso de ascenso, bajo la modalidad complementaria de concurso-curso, para proveer cargos vacantes del nivel profesional de la planta global del área fiscalías de la Fiscalía General de la Nación", mediante las Convocatorias Nos 001 de 2015 - Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito; 002 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados; 003 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito y 004 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos."

Dicho acto administrativo, fue modificado por los Acuerdos Nos. 0024 del 19 de junio y 0042 del 15 de julio de 2015.

Por otro lado, se convocó a concurso de ingreso mediante el Acuerdo No. 0043 del 04 de agosto de 2015 "por el cual se reglamenta y se convoca el proceso de selección de Concurso de Ingreso, bajo la modalidad complementaria de concurso-curso, para proveer cargos vacantes del nivel profesional de la planta global del área fiscalías de la Fiscalía General de la Nación", mediante las Convocatorias Nos. 001 de 2015 - Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito; 002 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados; 003 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito y 004 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos"; este acto administrativo, fue modificado por el Acuerdo No. 0045 del 28 de agosto de 2015.

Sin embargo, es necesario indicar que, para prevenir un daño a la Administración Pública, evitar afectar el cumplimiento de los fines del Estado y un eventual riesgo para las finanzas de este, las partes contractuales decidieron de mutuo acuerdo dar por terminado el Contrato No. 0126 de 2015 celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y la Universidad de la Sabana (Operador Logístico para las dos convocatorias antes señaladas), a partir del 03 de marzo de 2016, teniendo en cuenta que las irregularidades presentadas por la Universidad de la Sabana en la etapa precontractual podrían violar los principios de la contratación pública y, poner en grave riesgo la ejecución contractual y los intereses de los aspirantes.

Por lo anterior, en sesión presencial extraordinaria ad hoc del 18 de marzo de 2016 (Acta No. 072); la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, conforme a la competencia a ella otorgada en el Decreto Ley 020 de 2014, decidió dejar sin efectos los concursos de ascenso e ingreso del Área de Fiscalías del año 2015.

En consecuencia, la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación expidió los actos administrativos; Acuerdo No. 0004 del 01 de abril de 2016 y Acuerdo No. 0005 del 1° de abril de 2016.

Adicionalmente, han desarrollado actividades relacionadas con la creación y depuración del Registro Público de Inscripción de Carrera de la Fiscalía General de la Nación - RPIC, para lo cual una vez en firme el proceso de modernización institucional del año 2014, se estudió la nueva planta de personal y se definieron los cargos que se encuentran ocupados por servidores con derechos de carrera especial, ya sean adquiridos por concurso de méritos adelantados por la entidad o servidores que fueron incorporados por imperio de la ley, tal como sucedió con los empleados de los extintos Juzgados de Instrucción Criminal y el DAS; producto de esa depuración, se construyó el listado preliminar de cargos a ser ofertados mediante concursos de méritos, abarcando igualmente los estudios iniciales para la estructuración de las convocatorias a concursos o procesos de selección.

Por lo anterior, es claro para la demandada 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 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.

Aunado a lo anterior, manifestó 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. De otra parte, 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.

Una vez culminado el proceso de ajuste institucional respecto de la planta de personal, insumo principal para establecer la Oferta Pública de Empleos de Carrera Especial y con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en el Decreto Ley 020 de 2014, y al recién expedido Decreto Ley 898 de 2017, la Comisión de la Carrera Especial a través de la Subdirección de Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación viene adelantando la fase de estructuración de los concursos o procesos de selección, de manera gradual, esto es, previendo la Convocatoria individual para cada una de las Plantas o Grupos que conforman la planta global de la Entidad. Estructuración basada en la elaboración de documentos de carácter técnico y jurídico que permitan viabilizar los citados Concursos para la provisión definitiva de los cargos de carrera vacantes.

Así las cosas, concluye que la Fiscalía General de la Nación, a través de la Subdirección Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial, no ha incumplido los mandatos legales alegados por la accionante. Adicionalmente, se demostró las gestiones que se han adelantado y deben surtir para llevar a cabo el cumplimiento del artículo 118 del Decreto-Ley 020 de 2014, en armonía con las funciones y competencias constitucionales otorgadas.

Concordante con todo lo anterior, transcribe lo previsto en el párrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997, el cual indica lo siguiente:

11 Artículo 9º.- Improcedibilidad (...) Parágrafo. - La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos".

Por lo expuesto, la acción de cumplimiento resulta improcedente, en la medida en que no existe acción u omisión del ente acusador por actos o hechos que permitan deducir incumplimiento del artículo 118 del Decreto-Ley 020 de 2014 y, además, la implementación de los concursos implica incurrir en altos costos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: A) finalidad de la acción de cumplimiento; B) la norma cuyo cumplimiento se reclama, y C) caso concreto.

A. Finalidad de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política y el artículo 146 del C.P.A.C.A., tiene por finalidad hacer efectivo el derecho de que goza toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de intereses jurídicos, para exigir, tanto a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones de esta índole, el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo

que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a tal autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos, y de tal forma, hacer efectiva la observancia del ordenamiento jurídico existente.

Sobre el particular, es pertinente advertir que los requisitos mínimos exigidos para la procedencia de la acción de cumplimiento, son los siguientes:

- a). Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos (art. 1 ley 393 de 1997).
- b). Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (arts. 50 y 6 ibídem).
- c). Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir, o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (art. 8 de la misma norma).
- d). Que el deber cuyo cumplimiento se reclama, contenido en la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, sea válido jurídicamente y exigible actualmente.
- e). No procede la acción cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo el caso que, de no proceder el juez administrativo, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

B. La norma cuyo cumplimiento se reclama

La parte actora alega como mandato incumplido el contenido en el artículo 118 del Decreto 020 de 2014, cuyo texto es el siguiente:

"DECRETO No. 020

(9 enero 2014)

Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas.

Artículo 118. 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."

C. Caso concreto

En el caso sub examine la parte actora, en ejercicio de la acción de cumplimiento, demandó a la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que

cumpla lo dispuesto en la norma antes transcrita.

Por su parte, la demandada alegó que la acción resulta improcedente por la norma demandada establece gastos para la entidad, en este caso la Fiscalía General de la Nación.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia, la Sala accederá a la pretensión invocada, por las siguientes razones:

1). En relación con los requisitos mínimos de la acción de cumplimiento, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

"El artículo 87 de la Constitución Política permite que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo que otra autoridad se rehúsa a observar y que en caso de prosperar la acción, en sentencia se le ordenará la ejecución del deber omitido.

"Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 393 de 1997, son tres los requisitos mínimos exigidos para que proceda la acción de cumplimiento: a) Que la obligación cuya observancia se discute esté consignada en la ley o en acto administrativo; b) Que contenga la norma un mandato claro, inobjetable para la autoridad a la cual se reclama el cumplimiento; y c) Que se pruebe la renuencia tácita o expresa de la autoridad llamada a cumplir la norma jurídica" ¹ (se adicionan negrillas) .

En sentencia de 2003, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo señaló:

"La ley 393 de 1997 señala como requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento, que el deber jurídico cuyo cumplimiento se exige por medio de la acción, esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, de una manera tal que sea imperativo, inobjetable y exigible a la autoridad de la cual se está reclamando su ejecución; que la administración haya sido y continúe siendo renuente a cumplir, que tal renuencia sea probada por el demandante de la manera como lo exige la ley, y que, tratándose de actos administrativos de carácter particular, el afectado no tenga ni haya tenido otro instrumento judicial para lograr su cumplimiento, salvo en el caso en que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

"En lo que hace a las características de la obligación exigible, esta Corporación ha sido enfática en señalar que cuando las normas cuyo cumplimiento se demandan no contienen un mandato imperativo inmediato y preciso para el demandado, las pretensiones no pueden prosperar.

(resalta la Sala).²

De acuerdo con los apartes jurisprudenciales antes transcritos, y con los lineamientos trazados por esta Corporación en reiteradas oportunidades³, se tiene lo siguiente:

a). El deber jurídico incumplido, consignado en una norma con fuerza material de ley o en un acto administrativo, debe contener un mandato imperativo, inobjetable, preciso y exigible a la autoridad respecto de la cual se busca el cumplimiento del mismo, sin ningún condicionamiento, es decir, que su obligatoriedad debe resultar evidente y sin discusión alguna.

b). Adicionalmente, el incumplimiento de dicho mandato debe generar una irregularidad de la autoridad renuente en el ejercicio de sus funciones.

c). Finalmente, en los eventos en que la norma cuyo cumplimiento se demanda no reúna las características anotadas anteriormente, se impone denegar las pretensiones de la acción.

2). En el caso sub iudice, se tiene, que la misma contiene un mandato imperativo e inobjetable dirigido a la Fiscalía General de la Nación, en este caso para que lleve a cabo el concurso.

Así mismo, es claro que la actora cumplió con el requisito de procedibilidad consagrado en la Ley 393 de 1997 para el ejercicio de este tipo de acciones, cual es la constitución en renuencia de la demandada y que no cuenta con otro mecanismo para obtener el cumplimiento de la norma invocada como fundamento de la demanda.

Ahora bien, según se tiene, la norma cuyo cumplimiento ahora se analiza implica que, la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación convoque a concurso los cargos que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo dentro de dicha entidad.

Del material probatorio que obra en el proceso, observa la Sala que, la parte demandante el 10 de septiembre de 2019 (fl. 28 a 29), radicó ante la Fiscalía General de la Nación la solicitud para que, la Comisión de Carrera Especial de la misma, convoque a concurso los cargos que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo, esto teniendo en cuenta lo que preceptúa el artículo 118 del Decreto 020 de 2014 "Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas".

3). Ahora bien, la finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional, que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato imperativo e inobjetable en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

Ello significa que el precepto que se dice incumplido debe ser lo suficientemente preciso, y no puede generar ningún tipo de incertidumbre en cuanto a su objeto, vigencia y exigibilidad. Revisada la norma se advierte que ésta 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.

4). Por tanto, se hace necesario determinar si el deber se cumplió; es evidente que la Comisión de la Carrera Especial, no ha realizado el procedimiento antes mencionado, es decir, 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 (fls. 30 a 38), a saber:

"(...)

No resulta acertada la afirmación relacionada con el posible incumplimiento del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, por cuanto la Fiscalía si ha realizado acciones tendientes a la materialización de dicha norma, tal como se entra a explicar:

La Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de Nación convocó a concurso de ascenso mediante el Acuerdo No. 0023 de 04 de junio de 2015 "Por el cual se reglamenta y se convoca el proceso de selección de Concurso de ascenso, bajo la modalidad complementaria de concurso-curso, para proveer cargos vacantes del nivel profesional de la planta global del área fiscalías de la Fiscalía General de la Nación", mediante las Convocatorias Nos. 001 de 2015 - Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito; 002 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados; 003 de 2015 -Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito y 004 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y

Promiscuos.

Dicho acto administrativo, fue modificado por los siguientes Acuerdos:

- Acuerdo No. 0024 del 19 de junio de 2015 "Por el cual se modifica el Acuerdo N 023 de 4 de junio de 2015 "por medio del cual se reglamenta y se convoca el proceso de selección de Concurso de ascenso, bajo la modalidad complementaria de concurso-curso, para proveer cargos vacantes del nivel profesional de la planta global del área fiscalías de la Fiscalía General de la Nación"
- Acuerdo No. 0042 del 15 de julio de 2015 "Por el cual se modifica el Acuerdo N" 023 de 4 de junio de 2015 "por medio del cual se reglamenta y se convoca el proceso de selección de Concurso de ascenso, bajo la modalidad complementaria de concurso-curso, para proveer cargos vacantes del nivel profesional de la planta global del área fiscalías de la Fiscalía General de la Nación 11

Por otro lado, se convocó a concurso de ingreso mediante el Acuerdo No. 004c del 04 de agosto de 2015 "Por el cual se reglamenta y se convoca el proceso de selección de Concurso de Ingreso, bajo la modalidad complementaria de concurso-curso, para proveer cargos vacantes del nivel profesional de la planta global del área fiscalías de la Fiscalía General de la Nación", mediante las Convocatorias Nos. 001 de 2015 - Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito; 002 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializados; 003 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito y 004 de 2015 - Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos.

Este acto administrativo, fue modificado por el Acuerdo No. 0045 del 28 de agosto de 2015 "Por el cual se modifica el Acuerdo N" 043 de 4 de agosto de 2015 "Por el cual se reglamenta y se convoca el proceso de selección de Concurso de Ingreso, bajo la modalidad complementaria de concurso-curso, para proveer cargos vacantes del nivel profesional de la planta global del área fiscalías de la Fiscalía General de la Nación".

Sin embargo, es necesario indicar que, para prevenir un daño a la Administración Pública, evitar afectar el cumplimiento de los fines del Estado y un eventual riesgo para las finanzas de este, las partes contractuales decidieron de mutuo acuerdo dar por terminado el Contrato No. 0126 de 2015 celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y la Universidad de la Sabana (Operador Logístico para las dos convocatorias antes señaladas), a partir del 03 de marzo de 2016, teniendo en cuenta que las irregularidades presentadas por la Universidad de la Sabana en la etapa precontractual podrían violar los principios de la contratación pública y, poner en grave riesgo la ejecución contractual y los intereses de los aspirantes.

Por lo anterior, en sesión presencial extraordinaria Ad Hoc del 18 de marzo de 2016 (Acta No. 072), la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, conforme a la competencia a ella otorgada en el Decreto Ley 020 de 2014, decidió dejar sin efectos los concursos de ascenso e ingreso del Área de Fiscalías del año 2015.

En consecuencia, la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación expidió los siguientes actos administrativos:

- Acuerdo No. 0004 del 01 de abril de 2016 "Por medio del cual se deja sin efectos el proceso de selección del Concurso de ascenso, bajo la modalidad complementaria de concurso-curso, para proveer cargos vacantes del nivel profesional de la planta global del área fiscalías de la Fiscalía General de la Nación"
- Acuerdo No. 0005 del 01 de abril de 2016 "Por medio del cual se deja sin efectos el proceso de selección del Concurso de ingreso, bajo la modalidad complementaria de concurso-curso, para proveer cargos vacantes del nivel profesional de la planta global del área fiscalías de la Fiscalía General de la Nación"

De otra parte, con el fin de adelantar un concurso de ingreso y uno de ascenso, para proveer los empleos vacantes del Área de Policía Judicial - Cuerpo Técnico de Investigación, CTI -, la Entidad abrió la Licitación Pública No. 009-2015, para la contratación de un operador logístico para el desarrollo del concurso de méritos; sin embargo, el mismo fue declarado desierto, en el mes de diciembre del año 2015, toda vez que los

oferentes no observaron en su integralidad lo establecido en el pliego de condiciones.

Adicionalmente, se han desarrollado actividades relacionadas con la creación y depuración del Registro Público de Inscripción de Carrera de la Fiscalía General de la Nación -RPIC-, para lo cual una vez en firme el proceso de modernización institucional del año 2014, se estudió la nueva planta de personal y se definieron los cargos que se encuentran ocupados por servidores con derechos de carrera especial, ya sean adquiridos por concurso de méritos adelantados por la Entidad o servidores que fueron incorporados por imperio de la Ley, como sucedió con los empleados de los extintos Juzgados de Instrucción Criminal y el DAS. Producto de dicha depuración, se construyó el listado preliminar de cargos a ser ofertados mediante concursos de méritos, abarcando igualmente los estudios iniciales para la estructuración de las convocatorias a concursos o procesos de selección arriba mencionados.

(...)". negrillas del original).

Por lo anterior, se observa que, si bien se han realizado convocatorias, estas no han sido por todos los cargos de carrera que se tienen en la entidad y que se encuentran ocupados por personas nombradas en provisionalidad o en encargo, como lo manifestó la parte demandante en los hechos de la demanda y se confirmó en la contestación de la misma⁴, obligación que es imperativa e inobjetable y, por tanto, de obligatorio acatamiento, sin que pueda presumirse que la no convocatoria a concurso esté justificada.

5). En el asunto bajo estudio y contrario a lo manifestado por la demandada en su escrito de contestación, dado que el Decreto 020 de 9 de enero de 2014 no le otorgó a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación la discrecionalidad para convocar a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo en la entidad, o no hacerlo, 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.

Apoyando esta tesis, el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil⁵ mediante concepto del 19 de agosto de 2016, frente al presupuesto de las entidades para realizar sus concursos de méritos, tema materia de discusión en este caso, manifestó, lo siguiente:

"(...) El artículo 346 de la Constitución establece que "en la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a la ley anterior"; y el artículo 347 ibídem, indica que "el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva". Todo lo anterior significa que las entidades públicas deben (i) planificar sus gastos para que sean incluidos en el presupuesto del año siguiente; y (ii) sujetarse en cada vigencia a los presupuestos que finalmente hayan sido aprobados por el Congreso de la República. (...) Es claro entonces, para los efectos de esta consulta, que las entidades no pueden, después del 31 de diciembre, asumir compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra; que deben sujetarse al presupuesto aprobado (el cual debe contener la totalidad de los gastos públicos de la vigencia fiscal respectiva); y que no podrán efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto. Ahora bien, el artículo 38 del mismo Estatuto Orgánico de Presupuesto establece cuáles son las apropiaciones que pueden incluirse en el presupuesto de gastos, para ser ejecutadas el año fiscal siguiente. (...) Dentro de estas apropiaciones se encuentran los gastos decretados conforme a la ley, como son en el caso analizado, los necesarios para cumplir con el deber constitucional de provisión de cargos por el sistema de concurso público de méritos, los cuales deben ser incluidos tanto en los anteproyectos de presupuesto elaborados por cada entidad, como en el proyecto de presupuesto que consolida el Gobierno Nacional.

(...)

Es importante reiterar entonces para efectos de esta consulta, que la regla de provisión de empleos de carrera mediante concurso público de méritos del artículo 125 de la Constitución Política es imperativa para todas las entidades estatales y que solo la Constitución y la ley pueden establecer excepciones a ella. Por tal razón, su uso no es potestativo sino obligatorio para las entidades estatales y, por lo mismo resultan contrarias a la Constitución las prácticas o interpretaciones que permitan eludir su aplicación o faciliten su aplazamiento indefinido. Por tanto para dar cumplimiento a los deberes que se derivan del principio de legalidad presupuestal, cada entidad tiene el deber de iniciar con suficiente antelación las labores de planeación con la CNSC para la realización del concurso público de méritos, así como las tareas internas de apropiación presupuestal, de manera que se garantice la realización oportuna del concurso público de méritos y la provisión de los cargos de carrera administrativa en la forma indicada en la Constitución y la Ley. Esto comporta entonces, a la luz del Estatuto Orgánico de Presupuesto, un

verdadero y expreso deber de inclusión de las partidas presupuestales que permitan atender los concursos públicos de méritos, el cual opera frente a los anteproyectos de presupuesto preparados por cada entidad, así como en relación con el proyecto de presupuesto que consolida el Gobierno Nacional y aprueba el Congreso de la República, a quienes también se extienden las obligaciones derivadas del artículo 125 de la Constitución Política.

(...)

En consecuencia, salvo una razón realmente imperiosa de atención inaplazable de otros gastos constitucionalmente necesarios, ni el Gobierno Nacional ni el Congreso de la República podrán eliminar del proyecto de presupuesto los recursos requeridos por las entidades y la CNSC para la realización de los concursos públicos de méritos. Por el contrario, estarán obligados a priorizarlos.

(...)". (resalta la Sala).

6), Así las cosas, para la Sala es claro que, la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, ha incumplido el deber contenido en el artículo 118 del Decreto 020 de 2014, toda vez que, cada entidad tiene el deber de iniciar con suficiente antelación las labores de planeación para la realización de los respectivos concursos públicos de méritos, así como las tareas internas de apropiación presupuestar, de manera que se garantice la realización oportuna de los mismos y la provisión de los cargos de carrera administrativa en la forma indicada en la Constitución y la Ley, circunstancias que no se presentaron en este caso, toda vez que, al alegar que no se cuenta con el presupuesto debido, no se ha convocado a concurso todos los cargos de carrera que se encuentran vacantes definitivamente o que están provistos mediante nombramiento provisiona lo encargo en la entidad, como lo preceptúa la norma demandada, incumpliendo así dicho precepto.

Se reitera 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.

En consecuencia, se ordenará al representante legal de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, el cumplimiento de lo establecido en el artículo 118 del Decreto 020 de 2014, en el sentido de que, en el término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, adelante 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 cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo en la misma.

Por lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, -SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

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

2°) Notifíquese esta decisión a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

3°) Ejecutoriado este fallo, previas las constancias secretariales de rigor archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ARMANDO DIMATÉ CARDENAS

Magistrado

FREDY IBARRA MARTINEZ

Magistrado

MOISES RODRIGO MAZABEL PINZON

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, expediente número 2002-1065-01(ACU-1 498), M.P. Roberto Medina López.

2 Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 2003-00451-01, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

3 Véanse entre muchas: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 17 de mayo de 2006, exp. No. AC-2006-0772, M.P. Carmen Alicia Rengifo Sanguino.

4 Folio 53 vuelto del expediente

5 Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Rad. No.: 11001-03-06-000-2016-00128-00(2307). Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública

Fecha y hora de creación: 2024-02-27 12:56:16