



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA- SUBSECCION A**

**CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

**Expediente No. 110010325000201100133 00**

**No. Interno: 0431-11**

**ACCION DE NULIDAD**

**Actor: SABEL REINERIO ARÉVALO ARÉVALO**

Conoce la Sala de la demanda instaurada por el señor Sabel Reinerio Arévalo Arévalo contra los artículos 2 y 3 del Acuerdo 05 del 13 de diciembre de 2010, expedido por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

**DEMANDA**

La demanda se dirige a cuestionar la legalidad de los artículos 2 y 3 del Acuerdo 05 del 13 de diciembre de 2010, que dispusieron, en su orden, declarar que la totalidad de los cargos ofertados en el concurso de méritos que se adelantó para proveer 1716 empleos del área administrativa ocupados por los servidores públicos cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008 -736 en total- no salieron a concurso en las pruebas de conocimientos, para lo cual se dispuso convocar una nueva prueba, y la carencia de valor de los puntajes obtenidos en la misma.

**HECHOS**

La parte actora expone como hechos los siguientes:



Que la Fiscalía General de la Nación convocó un concurso de méritos para proveer cargos de carrera administrativa pertenecientes al área administrativa y financiera a través de 15 convocatorias. Que en desarrollo de lo anterior, se citó a pruebas escritas a los admitidos, lo cual se llevaría a cabo el 1 de febrero de 2009.

Que el Congreso de la República expidió el acto legislativo 01 de 2008, y en aplicación del mismo la entidad accionada expidió el acto administrativo demandado en el cual se resolvió que los únicos cargos que se sometían al proceso de selección eran aquellos que no estuvieran ocupados por el personal beneficiado mediante el referido acto legislativo, esto es, aquellos que no estuvieran inmersos en la opción de inscripción extraordinaria.

Que el acto administrativo demandado dispuso que el concurso de méritos de 2008 se adelantaría sin 736 cargos inicialmente convocados por cuanto los mismos fueron excluidos por mandato del Acto Legislativo No. 1 de 2008, disponiendo, así mismo, que los puntajes obtenidos por los aspirantes que cumplían con los requisitos para beneficiarse del Acto Legislativo carecían de valor y efecto, continuando el proceso de selección solo con la oferta de 980 empleos.

Que el 27 de agosto de 2009 fue declarado inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2008, y ordenó la Corte Constitucional dejar incólumes los concursos hasta la etapa en que se encontraban al momento de expedición de dicho Acto Legislativo.

Que quienes superaron la prueba escrita adquirieron derechos y no meras expectativas, pues completaron una prueba realizada en desarrollo del concurso de méritos. Que ello es contrario a la afirmación efectuada en el artículo 2 del Acuerdo demandado, en el sentido de que los puestos de trabajo inmersos en la posibilidad de inscripción extraordinaria no habían salido a concurso, debido a que la convocatoria fue anterior a la fecha de expedición del Acto Legislativo.

Que fue contrario al orden constitucional dejar sin valor los puntajes obtenidos por quienes concursaban por los cargos afectados con la posibilidad de inscripción extraordinaria en carrera, porque se puso en igualdad jurídica a



quienes superaron la prueba escrita con quienes no lo hicieron, con respecto a esos cargos.

Cita como vulnerados los artículos 125 y 253 de la Carta Política, 60 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y la sentencia de constitucionalidad C- 588 de 2009. El concepto de violación se encuentra desarrollado a folios 4 a 7 del expediente.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Fiscalía General de la Nación dio respuesta a la demanda (folios 98-118).

Inicialmente explicó en forma detallada el régimen de carrera en esa Institución y adujo que las disposiciones cuestionadas no son más que el resultado del acatamiento de la sentencia C-588 de 2009 y el respeto por la confianza legítima favorable a quienes tuvieron la oportunidad de ser inscritos en carrera en forma extraordinaria.

Hizo un recuento cronológico de lo ocurrido en el proceso de selección de personal mediante el concurso de méritos desarrollado a partir de las convocatorias 01 a 015 de 2008, con el fin de establecer que al expedirse el Acto Legislativo 1 de 2008, se vio afectado el concurso, pues 736 de los 1716 se encontraban ocupados por personas en las condiciones descritas o exigidas por ese Acto Legislativo como destinatarias de la inscripción en carrera de manera extraordinaria, por lo que a su juicio solo eran aptos para continuar el concurso 980 plazas en los diversos cargos a proveer.

Arguyó que al excluirse esos empleos ocupados por futuros inscritos en carrera en virtud del Acto Legislativo, los aspirantes a ingresar al servicio por méritos sufrieron un descenso en las posibilidades de llegar a ocupar las plazas por las cuales competían; lo que fue el efecto del acatamiento de ese ordenamiento superior, que duró mientras estuvo vigente éste, pero que al ser declarado inexecutable, obligó a volver las cosas a su estado inicial, de ahí la expedición del Acuerdo 005 de 2010, instrumento utilizado para reanudar los



procedimientos del concurso y llevarlo a su culminación, siguiendo los lineamientos de las sentencias C-588 de 2009 y T-131 de 2005.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La Fiscalía General de la Nación, describió el traslado para alegar de conclusión, reiterando sucintamente lo dicho en la contestación de la demanda y poniendo de presente la expedición del Acuerdo 01 de 2011, proferido por la misma Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, mediante el cual se derogaron expresamente los artículos aquí demandados.

Por lo anteriormente expuesto, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda por cuanto la misma carece de objeto en razón a la aparición del Acuerdo de 2011.

La parte actora guardó silencio.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto solicitando desestimar las pretensiones de la demanda, no sin antes advertir que en el caso de autos hubo violación formal a las reglas del concurso, pero que ello ocurrió por un hecho irresistible, tal como lo fue la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo 001, pues en su momento debió ser acatado en forma extrema por los operadores administrativos, de ahí que los hechos consolidados en el trámite del proceso de selección, que pudieron afectar las reglas iniciales se compensaron en la realidad, no siendo entonces violatorios del concurso de 2008, en la medida que se presentaron contingencias superiores a la administración y que se solucionaron en la forma menos lesiva a los interesados.

Sugirió, al margen de lo anterior, que los cargos sobre los cuales recayó el Acto Legislativo 001 de 2008 deban salir a concurso, pero no cerrado, sino que tendrá que hacerse en forma pública y abierta.

## CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala resolver sobre la acción de nulidad promovida por el ciudadano Sabel Reinerio Arévalo Arévalo, contra los artículos 2 y 3 del Acuerdo 05 del 2010 expedido por la Comisión de Carrera Nacional de la Fiscalía General de la Nación.

En primer término, es necesario referirse a la novedad plasmada por la entidad demandada tanto al momento de ejercer su derecho de defensa como cuando hizo uso del traslado para alegar de conclusión, en el sentido de poner en conocimiento de esta corporación la derogatoria que hizo de los artículos acusados el Acuerdo 01 de 2011.

El anterior análisis se hace imperioso en tanto la situación descrita por la entidad demandada lleva a que solicite la denegatoria de las pretensiones de la demanda, por carecer de objeto la presente acción, en cuanto los artículos acusados en este asunto, fueron derogados por el Acuerdo del 2011, expedido por la misma autoridad directora de la Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación.

Para llegar a ello, es pertinente traer a colación el estudio efectuado por esta corporación, en sentencia del 31 de mayo de 2012, dentro del proceso referenciado **68001-23-31-000-2004-01511-01(0825-09) Actor: FONDO DE EMPLEADOS DE LA UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER – FAVUIS**, que con ponencia del magistrado Gerardo Arenas Monsalve, explicó:

*«De la Derogatoria de los actos administrativos de carácter general. La Derogatoria es la abolición de un acto administrativo por decisión unilateral y discrecional de la autoridad u organismo que lo expidió.*

*Así se tiene que es la misma autoridad que expidió el acto administrativo de carácter general o particular, siempre y cuando este último no haya creado un derecho, la que lo hace desaparecer del mundo jurídico, por razones de conveniencia o de oportunidad en ejercicio de su potestad discrecional de la administración.*

*Los efectos de la derogatoria son ex nun, es decir, siempre a partir del momento que queda en firme la decisión, pero sin que puedan afectarse los derechos que se hubieren consolidado como derechos adquiridos bajo el amparo del acto derogado, no así los derechos precarios, esto es,*

*los provenientes de permisos licencias, concesiones no contractuales, etc. que se hayan conferido con base en los mismos.*

*Respecto a los efectos de la derogatoria de los actos generales ha manifestado el Consejo de Estado, en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que ella surte efectos hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante su vigencia y sin restablecer el orden violado; **inclusive dichos actos pueden ser sometidos al juicio de legalidad, lo que hace que la anulación tenga efectos ab-initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.***

*Es así como en fallo proferido dentro del expediente No. S-157, actor: Roberto Bruce Raisbeck, en el que actuó como ponente el doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, esta Corporación sostuvo:*

*“Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pero no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. **Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efectos hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab-initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.***

*Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podía controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.*

***Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario sensu, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el***

*evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.*

***Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia.” (Anales del Consejo de Estado Tomo CXXII, enero-febrero-marzo 1991, pag. 63 y ss.)»***

Así las cosas, no es posible acceder a las pretensiones iniciales de la entidad demandada, en el sentido de denegarlas por “*carencia actual de objeto*” o “*sustracción de materia*”, como a bien tengan llamarlo los sujetos procesales, pues si bien los artículos demandados del Acuerdo 05 de 2010 fueron derogados con ocasión de la expedición del Acuerdo 01 de 2011 – artículo 5- lo cierto es que en atención a la explicación vertida en esta providencia, la derogatoria de un acto administrativo de carácter general, surte efectos hacia el futuro, pero que para restablecer el orden jurídico perturbado por un acto que se predica ilegal se requiere del pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Con base en lo anterior y superado el alegato de la parte demandada, sería imperioso entonces proceder a estudiar la legalidad de los artículos demandados, para verificar si durante su vigencia se vulneraron las normas citadas como violadas y conforme a la manera que dice el demandante se concretó dicha violación.

Sin embargo, encuentra la Sala que frente a la solicitud de nulidad propuesta por el actor, esta Sección mediante sentencia del 15 de mayo de 2014, dentro del proceso con radicación **11001-0325000-2011-00189-00 (0648-11)**,

**Actor: NELSON ENRIQUE BERNAL y Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, dispuso:

«**DENIÉGASE** la declaratoria de nulidad del Acuerdo 005 de 10 de diciembre de 2010 proferido por la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación (.).»

En aquella oportunidad, las disposiciones violadas fueron los artículos 125 Inciso 2 y 3<sup>1</sup> y 253<sup>2</sup> de la Constitución Política, y el sustento de violación guarda estrecha relación con el expuesto en esta demanda.

Adicional a lo anterior, y de cara a las normas anteriormente enlistadas que son las mismas que invoca como violadas la parte actora, la Sección Segunda de esta Corporación analizó la legalidad del acto administrativo en su conjunto, lo cual abarcó obviamente, los artículos aquí cuestionados.

En efecto, al abordar el tema que se concreta en los dos artículos demandados en el presente proceso judicial, la citada sentencia de 15 de mayo del 2014 manifestó:

*«El señor Bernal consideró que con el acto acusado se vulneraron los **artículos 125 y 253 de la Constitución Política**, pues no se tiene en cuenta que la entidad demandada de manera previa ya había ofertado en forma pública y abierta lo cargos excluidos bajo la premisa de que no fueron llamados al concurso de méritos en el año 2008.*

*Agregó que los artículos 60 a 70 de la Ley 938 de 2004 son violados bajo el argumento de que se desconoce que la entidad ya había ofertado públicamente los cargos, que hoy mediante el acto acusado pretende excluir de un proceso de selección por méritos y que no ha finalizado, y*

---

<sup>1</sup> ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

<sup>2</sup> ARTICULO 253. La ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia.

*que por el acto acusado manifiesta que algunos de esos cargos ya no hacen parte de la convocatoria efectuada en el año 2008.*

*Alude que en términos generales con la expedición del acto acusado se cambiaron las reglas de concurso establecidas mediante Acuerdo 001 de 2006 y en las convocatorias 001-2008, 002-2008, 003-2008, 004-2008, 005-2008, 006-2008, 007-2008, 008-2008, 009-2008, 010-2008, 011-2008, 012-2008, 013-2008, 014-2008, 015-2008, que señala la denominación del cargo, los requisitos de estudio y experiencia, el nivel jerárquico y el **número de cargos proveer**.*

***El cargo que se formula, se contrae a señalar que habiéndose ofertado los empleos de manera pública no era posible excluirlos del proceso de selección.»***

Como se ve hasta este momento, el cargo formulado, analizado y resuelto en aquella oportunidad, versaba sobre los mismos supuestos jurídicos que esta demanda contiene, esto es, que si la exclusión de los cargos ofertados en el concurso en mención, vulneraba los artículos 125 y 253 de la Carta Política.

Al entrar al análisis respectivo se dijo:

*«Se reitera que, al entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2008 el 26 de diciembre de 2008, norma de rango constitucional que adicionó un párrafo transitorio al artículo 125 de la misma Carta Política, irrumpió en el ordenamiento jurídico vigente trastocando el principio constitucional de la carrera administrativa, la que se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. Los principios generales de la carrera administrativa se enfocan “todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general”<sup>3</sup>.*

*La norma constitucional introducida vía párrafo transitorio, modificó el ordenamiento jurídico por ser norma superior, y desde ese punto de vista el contenido normativo del referido Acto Legislativo tiene incidencia directa en la vigencia no sólo de la ley, para el caso la Ley 938 de 2004, sino de los actos administrativos proferidos a su amparo. Si la convocatoria es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección<sup>4</sup>, también lo es que queda supeditada a todo cambio normativo de rango superior y de orden constitucional, que como en este caso*

<sup>3</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>4</sup> Ley 938 de 2004 art. 62

*suspendió el ordenamiento jurídico relacionado con el régimen de carrera en lo relacionado con el acceso al servicio por mérito, y la Ley 938 contiene normas de carrera para la Fiscalía General de la Nación, que quedaron suspendidas parcialmente por el término de tres años contados a partir de la vigencia del acto legislativo, termino dentro del cual la entidad implementaría los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera.*

*Como ya se advirtió, mediante sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009 la Corte Constitucional declaró inexecutable, en su totalidad, el Acto Legislativo No. 01 de 2008, “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, señaló los efectos retroactivos de la referida decisión y, por tal razón, “se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado.”*

***Lo anterior, implica que la entidad así como asumió la obligación constitucional impuesta por el constituyente derivado vía parágrafo transitorio, de implementar los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a quienes cumplieran los presupuestos normativos, también debe dar obligatorio cumplimiento a los efectos del fallo fijados por la Corte Constitucional que implican la reanudación de los trámites relacionados con los concursos públicos que habían sido suspendidos, y dejar sin valor y efecto tanto las inscripciones extraordinarias en carrera o los ingresos automáticos de la misma que con fundamento en el acto legislativo se hubiesen dado.***

***Con la simple lectura del acto acusado se evidencia que se trata de una norma de transición en tanto reinstala el concurso, se limita a establecer reanudado el concurso de méritos del área administrativa y financiera para todos los cargos en tanto declara que “...los 736 cargos que estaban ocupados por servidores que en su momento los cobijaba el acto legislativo 001 de 2008, no salieron a concurso en las pruebas de conocimientos realizadas los días 3 de mayo y 4 de octubre de 2009 dentro de las convocatorias No. 001 a 015 de 2008 y, en consecuencia para proveer los mismos se dispone convocar a una nueva prueba de conocimientos.” En el cumplimiento de la segunda obligación impuesta en la parte resolutive del fallo dispuso en el acto acusado que los puntajes “obtenidos por los aspirantes que en su momento cumplían con los***

***requisitos establecidos en el Acto Legislativo No. 001 de 2008, respecto al cargo cobijado por el derecho de inscripción extraordinaria, contenidos en el Registro Provisional de Elegibles, publicado mediante Acuerdo Nos. 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014, 015, 016, 017, 017, 018, 019, 020, 021 del 15 de octubre de 2009, carecen de valor y efecto, siendo necesario proceder a modificar los referidos actos administrativos y en tal sentido los recursos interpuestos por estos no serán resueltos.”***

***A renglón seguido dispuso el acto cuestionado que el “Registro Provisional de elegibles que se publicará dentro de las convocatorias Nos. 001 a 015 de 2008, únicamente se servirá para proveer los 980 cargos que, acorde con el estudio de planta publicado el día 30 de abril de 2009, no eran objeto de inscripción extraordinaria en carrera administrativa.”***

*Hace notar la Sala que si bien la redacción de la parte resolutive del acto no es afortunada, esta solamente declara que los cargos ocupados por quienes en su momento estaban cobijados por el Acto Legislativo 01 de 2008, no salieron a concurso y por consiguiente se dispone convocar a una nueva prueba de conocimientos para proveer estos empleos, la misma esta inescindiblemente ligada a la parte motiva del acto en cuestión en donde se manifiesta que “la Comisión Nacional de Administración de Carrera en sesión del 20 de septiembre de 2010, consideró lo siguiente:*

*1.- Declarar que los 736 cargos que cobijan el acto legislativo 001 de 2008, no salieron a concurso en las pruebas de conocimiento realizadas los días 3 de mayo y 4 de octubre de 2009 dentro de las convocatorias No. 001 a 015 de 2008.*

*2.-Para proveer los 736 cargos se dispone convocar a una prueba de conocimientos como reanudación de ese concurso, acorde con lo ordenado en la sentencia C-588 de 2009 de la Corte Constitucional.*

*3.- Quienes se presentaron para los cargos excluidos de la prueba de conocimientos del 3 de mayo y 4 de octubre de 2009 y la hayan superado y se encuentren en la lista provisional de elegibles, tendrán derecho a presentar nuevamente la prueba o hacer que se respeten sus puntajes obtenidos. En este último caso deberán acogerse en igualdad de condiciones con los que acepten presentar nuevamente la prueba.*

*4.- Que por lo anterior, el registro definitivo de elegibles que se publicará dentro de las convocatorias No. 001 a 015 de 2008, únicamente servirá para proveer los 980 cargos que, acorde con el estudio de planta publicado el día 30 de abril de 2009, no eran objeto de inscripción extraordinaria en carrera administrativa.”*

***En criterio de la Sección, el acto administrativo demandado no resulta contrario al ordenamiento jurídico citado por el actor, dado***

***que el artículo 125 constitucional fue objeto de agregado legislativo por virtud del acto cuestionado que finalmente fue declarado inexecutable.***

***El artículo 253 Superior defiere a la ley la determinación del ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, lo que efectivamente fue regulado por la Ley 938 de 2004, artículos 60 a 70, normas estas que igualmente fueron suspendidas parcial y temporalmente por cuenta del Acto Legislativo tantas veces citado.***

***En estas condiciones, no le asiste razón al actor cuando afirma que con el acto demandado se desconoce que la entidad ya había ofertado públicamente los cargos, que mediante el acto cuestionado pretende excluir del proceso de selección, porque de la lectura del mismo la conclusión a la que se arriba es la contraria, es decir, que por medio del referido acto lo que se hace respecto de esos cargos es reanudar el concurso y convocar a una nueva prueba de conocimientos para proveer los cargos que se encontraban ocupados por personas cuyo supuesto fáctico encuadraba en el jurídico previsto en el párrafo transitorio introducido al artículo 125 Superior.***

***En síntesis, la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del Acuerdo 005 de 10 de diciembre de 2010 proferido por la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, por lo que la decisión que se impone es negar las súplicas de la demanda.»***

Visto lo anterior, considera esta Sección que se está frente a un asunto que ya abordó esta Corporación y respecto del cual se puede decir, sin dubitación alguna, que sobre el mismo existe cosa juzgada relativa, puesto que existe identidad de razones o *causa petendi*, ya que si se efectúa un estudio pormenorizado de las normas violadas y el concepto de violación, se observa que ambos procesos sustentan la declaratoria de nulidad en la violación de los artículos 125 y 253 de la Constitución Política, y en el art. 60 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, y que el concepto de violación lo desarrollan en el mismo sentido.

En efecto, en ambos procesos se expresa que el acto demandado viola las normas constitucionales, por cuanto no tuvo en cuenta que la entidad demandada en forma previa ya había ofertado en forma pública y abierta los



cargos excluidos bajo la premisa de que no fueron llamados a concurso de méritos en el año 2008.

Igualmente sustentan la vulneración de las disposiciones legales en que ya públicamente se habían ofertado los cargos que mediante el acto acusado pretende excluir de un proceso de selección por méritos abierto y que no ha finalizado y hoy manifiesta que esos cargos ya no hacen parte de la convocatoria efectuada en el año 2008.

Señalan ambas demandas que con la expedición del acto acusado se modificaron las reglas del concurso inicialmente convocado por la Fiscalía General de la Nación a través de las convocatorias 001 a 015 de 2008, es decir, se está apartando la entidad demandada del procedimiento y condiciones por ella misma establecidos.

Así mismo, aluden a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa al manifestar que el sistema de concurso de méritos es el mecanismo idóneo para que bajo el criterio de imparcialidad, objetividad y transparencia, se valoren los méritos, capacidades y preparación y aptitudes en general de los aspirantes a los cargos ofrecidos en las convocatorias, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, sin estimar otro tipo de consideraciones.

Agregan que una vez definidas las reglas del concurso, reglas dentro de las cuales están incluidas en número de cargos a proveer, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, para evitar arbitrariedades o subjetivismos que alteren las expectativas legítimas de los participantes en el concurso, es decir, la confianza legítima de que el trámite de todo concurso de méritos es reglado y no discrecional, como pretende hacerlo la entidad demandada al expedir el acto enjuiciado.

Finalmente insisten que no es admisible que no se tengan en cuenta los puntajes obtenidos por quienes fueron admitidos, y que se diga que carecen de todo valor y efecto, aun cuando se sometieron a las reglas establecidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2008, y peor todavía, proceder a declarar que dichos cargos no fueron llamados a concurso.

Así las cosas, es evidente que se configura cosa juzgada relativa en relación con la pretensión y los fundamentos jurídicos aducidos, y que por lo mismo no puede emitirse un nuevo pronunciamiento sobre la materia. Al respecto, resulta ilustrativo el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación, de 29 de abril de 2008, M.P. dr. William Zambrano Cettina, rad. 11001-03-06-000-2008-00009-00(1878) que sobre los efectos de esta figura dispuso:

**« 2. La cosa juzgada en los procesos de nulidad de actos administrativos: efectos relativos y absolutos según el tipo de sentencia.**

*Vistos los fundamentos y efectos generales de la cosa juzgada, es necesario revisar cómo se presenta esa institución en el caso de las acciones de nulidad que se siguen ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, que es el supuesto fáctico de esta consulta.*

*Tradicionalmente la cosa juzgada se ha estructurado alrededor de la triple identidad **sujetos (partes), objeto (pretensiones) y causa (fundamentos y hechos)**. A partir de ella se determina en qué eventos la jurisdicción debe abstenerse de pronunciarse nuevamente sobre un asunto ya resuelto, pues de lo contrario se dejaría sin respaldo la confianza de quienes participaron en el proceso inicial, así como la depositada por la colectividad en sus autoridades judiciales para la solución regular, eficaz y definitiva de los conflictos sometidos a su conocimiento<sup>5</sup>.*

*Con relación a esa triple identidad que estructura la cosa juzgada y que excluye nuevos procesos sobre situaciones jurídicas ya definidas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:*

*“Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:*

*- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos*

---

<sup>5</sup> Sentencias C- 548 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

*consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente;*

- **Identidad de causa petendi** (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo transito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa;

- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.”<sup>6</sup>

*En ese mismo sentido, el Consejo de Estado ha indicado:*

*“La cosa juzgada, constituye entonces un medio exceptivo que para su prosperidad se requiere de la conjunción de los siguientes factores: **Identidad de objeto** (sobre qué recae el litigio): que las pretensiones en el nuevo proceso correspondan a las mismas que integraban el petitum del primer proceso en el que se dictó la decisión. **Identidad de causa** (por qué el litigio): Que el motivo o razón que sustenta la primera demanda, se invoque nuevamente en una segunda; e **identidad de partes**: que se trate de unas mismas personas que figuren como sujetos pasivo y activo de la acción<sup>7</sup>.”*

*Ahora bien, cabe recordar que la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado en relación con los elementos tradicionales de la cosa juzgada, que en las acciones de nulidad no se requiere la identidad de sujetos entre un proceso y otro, pues el carácter público de la acción de nulidad permite que cualquier persona active la jurisdicción en busca de la defensa de legalidad del ordenamiento jurídico<sup>8</sup>:*

*“El objeto de la demanda es la pretensión y la causa es el fundamento del derecho que se ejerce. El último requisito, identidad jurídica de las partes no es aplicable en procesos de nulidad, por los efectos erga*

---

<sup>6</sup> Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>7</sup> Sentencia del 23 de enero de 2005, Sección Cuarta, M.P. Juan Angel Palacio Hincapié. También puede verse la Sentencia T-162 de 1998.

<sup>8</sup> En igual sentido sea ha pronunciado el Consejo de Estado respecto de las acciones populares, en las que, por su naturaleza, la cosa juzgada no requiere identidad de sujetos -únicamente de objeto y causa-: “Según se ha dicho por la Sala, la cosa juzgada es un efecto especial que la ley le asigna a algunas sentencias en virtud del poder de jurisdicción del Estado, en donde la sentencia ejecutoriada proferida en un proceso contencioso tiene carácter de inmutable y definitiva, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (C.P.C. art. 332). No obstante, ha dicho igualmente la Sala que tratándose de acciones populares, teniendo en cuenta que lo decidido en la sentencia produce efectos “generales”, la cosa juzgada reviste especiales lineamientos, en primer lugar, porque no requiere que se presente identidad absoluta de las partes, dado que en éstos procesos el actor y los titulares del interés protegido no necesariamente coinciden” (Consejo de Estado, Sección Tercera M.P. Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 6 de julio de 2006).

*omnes que le otorga el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo a las sentencias que la declaran y los efectos erga omnes en cuanto a la causa petendi en las que la niegan. En otras palabras, implica que son oponibles a cualquier demandante que pretende, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, ya que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino todo lo contrario, en interés del orden jurídico.”<sup>9</sup> (se resalta).*

*Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que frente a las acciones de nulidad de los actos administrativos, que es el tema al que se refiere este concepto, el legislador establece una regla diferencial según se trate de sentencias **declarativas de la nulidad del acto** o de **sentencias denegatorias de ella**, pues frente a estas últimas el efecto de cosa juzgada será apenas relativo y operará únicamente “en relación a la causa petendi juzgada”<sup>10</sup>. Así, el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo señala:*

*“ARTICULO 175. COSA JUZGADA. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".*

*La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.*

*La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.*

*Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios. (se subraya)*

*Como se observa, solamente en los casos en que la sentencia declara la nulidad del acto demandado, sus efectos erga omnes son absolutos y, por sustracción de materia, se hará imposible intentar un nuevo pronunciamiento judicial sobre el acto que ha sido retirado del ordenamiento jurídico; por el contrario, cuando se trata de **sentencias que niegan la nulidad** del acto acusado (como sucedió con la Sentencia*

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 22 de abril de 2004 (Exp. 13274), ratificada en Sentencia del 19 de diciembre de 2005, Sección Primera, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta última sentencia se señaló: “Conforme a lo anterior, es claro que existe identidad de objeto y de causa entre los dos procesos, pues, tal como se señaló en los antecedentes de esta providencia, en este asunto se solicita igualmente la declaratoria de nulidad del Acuerdo 003 de 1996, con el mismo fundamento jurídico de la demanda que ya fue decidida por esta jurisdicción”.

<sup>10</sup> Este alcance relativo de la cosa juzgada se presenta también, bajo ciertas condiciones, en las acciones públicas de inconstitucionalidad, frente a las cuales se ha indicado que “*en principio debe entenderse que toda sentencia de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada absoluta, salvo que la propia Corporación, bien de manera explícita en la parte resolutive, o bien de manera implícita en la parte motiva, restrinja el alcance de su decisión a los cargos analizados en la sentencia*” (Sentencia C-584 de 2002), en cuyo caso se admite que la norma sea demandada nuevamente por otros cargos distintos (Sentencias C-914 de 2004 y C-422 de 2006, entre otras).

del Consejo de Estado de 1992), **los efectos de la cosa juzgada no son absolutos sino relativos**, pues sólo se extienden a la “causa petendi” analizada por el juzgador<sup>11</sup>; esto último porque, tratándose de una jurisdicción rogada, el acto acusado no se confronta con la totalidad del ordenamiento jurídico, sino únicamente frente a las normas superiores invocadas por el accionante<sup>12</sup>, de manera que no se descarta la posibilidad de que dicho acto pueda ser anulado por razones distintas.

En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia al referirse a los alcances del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo y, en especial, al carácter relativo de las decisiones denegatorias de la nulidad de un acto administrativo:

*“A este respecto, los incisos primero y segundo del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo disponen, por una parte, que la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes y, de otro lado, que la sentencia que niega la nulidad de un acto de la misma índole tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes pero sólo con respecto a la causa petendi juzgada.*

*En consecuencia, si en el proceso electoral, la nulidad del acto administrativo electoral resultó negada, la sentencia sólo hará tránsito a cosa juzgada en relación con la específica causa petendi invocada por el actor para sustentar la petición de nulidad del acto administrativo electoral de que se trate. En estos casos, la excepción de cosa juzgada sólo puede operar si la causa petendi que sustenta las peticiones de los demandantes y que fundamenta el respectivo fallo, es idéntica.<sup>13</sup> (se subraya)*

*Por ello, como ha dicho el Consejo de Estado, “demarcado el campo jurídico del proceso administrativo [de nulidad] con la referencia de las normas violadas y su concepto de violación” la sentencia proferida denegatoria en él tiene carácter de cosa juzgada pero sólo en relación “con la pretensión y los fundamentos jurídicos aducidos”.<sup>14</sup> (se subraya)*

*Lo anterior significa que en el caso de las sentencias que niegan la nulidad del acto demandado -caso de la sentencia del Consejo de Estado de 1992-, se pueden presentar varias situaciones:*

---

<sup>11</sup> “La sentencia que niega la anulación produce cosa juzgada de efectos meramente relativos; lo que significa que por idéntica causa no podrá instaurar la misma parte o un tercero una nueva acción de nulidad contra el acto que fue objeto de la primera decisión de rechazo. (...) En el derecho francés, como lo afirma el profesor Vedel, la posibilidad de una nueva demanda es bastante remota, en razón de la brevedad del término señalado en la ley para la interposición del recurso por exceso de poder (dos meses). Entre nosotros, en cambio, esta posibilidad es franca, ya que el contencioso de nulidad puede intentarse en cualquier tiempo.” (Betancur Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editorial, p.455)

<sup>12</sup> Salvo que exista una violación flagrante de la Constitución o de derechos fundamentales de aplicación inmediata, caso en el cual la nulidad del acto debe declararse de oficio por el juez administrativo. (Sentencia C-197 de 1999)

<sup>13</sup> Sentencia T-162 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. Camilo Arciniegas Andrade. Sentencia del 14 de abril de 2005.

- a. *Que un mismo acto administrativo sea objeto de diversas demandas, sin que automáticamente opere el fenómeno de cosa juzgada a partir de los pronunciamientos judiciales anteriores;*
- b. *Que, por lo mismo, sobre un acto administrativo coexistan sin ser contradictorios, diversos pronunciamientos judiciales respecto de su legalidad, cuando la causa petendi que ha dado origen a los procesos es distinta en cada caso<sup>15</sup>; y*
- c. *Que únicamente, cuando sobre un mismo acto administrativo se discutan las mismas razones o causa petendi<sup>16</sup> de un proceso anterior, habrá cosa juzgada.»*

Adicionalmente, se evidencia que la citada decisión de 15 de mayo de 2014, abordó, desarrolló y resolvió todos y cada uno de los argumentos esbozados por el demandante y que se reflejan claramente en los expuestos en el proceso judicial que hoy se decide.

En tal sentido, se coincide en cuanto a que el Acuerdo que se reprocha *per se* no vulnera los artículos de la Constitución que se invocan como violados, pues al margen de ser una decisión atípica, que puede encontrar justificación en lo anormal del proceso de selección en cuanto se vio afectado por un Acto Legislativo que ordenó suspender el trámite del proceso y una posterior reanudación en virtud de la declaratoria de inexecuibilidad, lo que ocurrió en la práctica es que la entidad prosiguió, a través de un proceso de selección, la provisión de cargos de carrera administrativa.

Y como allí se expuso, la Fiscalía General de la Nación dio cumplimiento a la orden contenida en la sentencia C-588 de 2009, que también es invocada como violada en esta demanda, puesto que reanudó el proceso de selección suspendido en virtud del Acto Legislativo 001 de 2008, citó a pruebas a aquellas personas que no se presentaron en razón a que les asistía la confianza legítima de que su cargo no iba a salir a concurso, calificó tales pruebas y hasta publicó registro de elegibles, lo cual no constituye una actuación que vulnere los artículos 125 y 253 Superior, pues se repite, el hilo

---

<sup>15</sup> “Dispone el artículo 175 inciso segundo del Código Contencioso Administrativo, que la sentencia que niegue la nulidad de un acto administrativo producirá efectos de cosa juzgada erga omnes, pero sólo en relación con la “causa petendi” juzgada’. Lo anterior significa que el acto administrativo sobre el cual se decidió en forma negativa la pretensión de nulidad, puede ser objeto de futuras acciones pero por motivos distintos a los ya examinados.” (Consejo de Estado, Sección 4ª, M.P. Juan Angel Palacio Hincapié, Sentencia del 23 de enero de 2005)

<sup>16</sup> “La cosa juzgada, constituye entonces un medio exceptivo que para su prosperidad se requiere de la conjunción de los siguientes factores: (...) **Identidad de causa** (por qué el litigio): Que el motivo o razón que sustenta la primera demanda, se invoque nuevamente en una segunda” (Sentencia del 23 de enero de 2005, Sección Cuarta, M.P. Juan Angel Palacio Hincapié.)



conductor continuó siendo el mismo, esto es, la provisión de dichos cargos a través de un concurso de méritos, tal y como lo disponen las disposiciones que se alegan como vulneradas, como tampoco vulnera lo consagrado en la sentencia en cita, pues esta ordenó “reanudar” los procesos suspendidos, tal como se hizo en el presente asunto, sin que ello impidiera o limitara la facultad que tiene la administración de tomar decisiones que a su juicio estarían ceñidas a las disposiciones especiales que rigen su propio régimen de carrera especial.

Corolario de lo expuesto la Sala decidirá estarse a lo resuelto en la sentencia del 15 de mayo de 2014, dictada por esta Sección en el proceso radicado 0648-11, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

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

#### **F A L L A**

**ESTÉSE A LO RESUELTO** en la sentencia del 15 de mayo de 2014, Rad. 11001-0325000-2011-00189-00 (0648-11) M.P. dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

#### **COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**



**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**