

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D. C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

**Ref: Expediente No. 730012333000201300632-01**  
**No. Interno: 3498-2014**  
**Actor: ISAÍAS RUBIO HERNÁNDEZ**  
**Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación**  
**Decisión: Confirma Sentencia que negó pretensiones.-**  
**Tema: Reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo en que estuvo retirado del servicio por implementación de la carrera administrativa.**

**FALLO SEGUNDA INSTANCIA – Ley 1437 de 2011**

---

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 31 de julio de 2015<sup>1</sup>, a efectos de decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la Sentencia de 6 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al actor.

**I. DEMANDA**

**PRETENSIONES:**

---

<sup>1</sup> Informe visto a folio 166 del expediente.

**ISAÍAS RUBIO HERNÁNDEZ** mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>2</sup>, solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 60000-14-00122 de 27 de enero de 2013, por medio del cual la Fiscalía General de la Nación, negó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por el actor, en el periodo comprendido entre el 12 de abril de 2010 y el 3 de julio de 2012, con ocasión del retiro del servicio y posterior reincorporación al servicio.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho solicitó:

(i) El reconocimiento y pago de los salarios, incrementos, bonificación por actividad judicial, primas ordinarias, de productividad, aportes a seguridad social, vacaciones, cesantías e intereses, por el periodo comprendido entre el 12 de abril de 2010, y el 3 de julio de 2012; y (ii) Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192, 194, 195 del CPACA.

### **1.1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS<sup>3</sup>:**

El señor Isaías Rubio Hernández, *quien se desempeña como Asistente de Fiscal II en provisionalidad*, fue retirado del servicio el 12 de abril de 2010, por la implementación de la carrera administrativa en la entidad demandada. Reincorporado el 3 de julio de 2012, mediante Resolución No. 00912 de 14 de junio de 2012, en cumplimiento de la sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional, por ostentar la calidad de padre cabeza de familia.

Manifestó que de la lectura de la Resolución No. 00912, página 3, párrafo 3, se extrae lo siguiente: *“Que dentro de la totalidad de las personas que solicitaron ser vinculados nuevamente en los empleos de Asistente de Fiscal I, Asistente de Fiscal II, Asistente*

---

<sup>2</sup> Previsto el en artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

<sup>3</sup> Folio 21-22 del expediente.



*Judicial IV y Fiscales Delegados ante los jueces de circuito, se encuentran los que se procede a vincular mediante el presente acto administrativo, quienes aportaron la documentación requerida para acreditar su desvinculación y al de su posible nombramiento, en los términos de la sentencia SU 446 de 2011”.*

Agregó, que en el artículo segundo de la citada resolución se nombró al actor en el cargo de Asistente de Fiscal II, por su condición especial de padre cabeza de familia, cargo del cual tomó posesión el 3 de julio de 2012, por lo que, al ser reincorporado solicitó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales por el período en que estuvo desvinculado del servicio.

## **1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

El demandante indicó que la Entidad demandada vulneró los artículos 5, 13 inciso 3, y 25 de la Constitución Política.

Lo anterior por considerar que conforme a lo manifestado por la Corte Constitucional, la cual ordenó que aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, fueran vinculados en forma provisional en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, siempre y cuando demostraran al momento de su desvinculación y de ser posible al nombramiento, una de las siguientes condiciones: i) ser padres o madres de familia, ii) ser personas próximas a pensionarse, esto es, para el 24 de noviembre de 2008, les faltaren menos de 3 años 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.

Agregó que los órganos del Estado, deben garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales, la igualdad juega un papel trascendental en la medida que obliga a las personas, que por su condición física y mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, sean protegidos de manera

inmediata, mandato que fue ignorado por la Fiscalía cuando hizo la provisión de los empleos de carrera, y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Fiscalía General de la Nación, no contestó la demanda.

## **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante Sentencia de 6 de junio de 2014<sup>4</sup>, negó las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte actora, bajo los siguientes argumentos:

Anotó, que en la sentencia SU- 446 la Corte estimó que el ente instructor debía tener una especial consideración frente a esas personas que tenían una condición especial, que 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.

Señaló que la decisión del alto tribunal no desvirtúa la legalidad del acto administrativo demandado, en consideración a que la orden emitida por la Corte, si bien estaba dirigida a la protección de los sujetos especiales, se encontraba condicionada a que para la fecha de su expedición, (26 de mayo de 2011), existieran vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes, es decir, la inclusión no era automática, ya que, era necesario que la entidad previamente hiciera el correspondiente estudio de los cargos que seguían

---

<sup>4</sup> Folios 92 -105 del expediente.

vacantes. Y posteriormente, estableciera si los solicitantes cumplieron la condición de ser personas de especial protección, pues fue así como, luego de la culminación de este proceso el actor fue nombrado en provisionalidad, en el cargo de Asistente de Fiscal II mediante la Resolución No. 0-0912 del 14 de junio de 2012.

Concluyó que el ente instructor dio cabal cumplimiento a la decisión emitida por la Corte Constitucional, ya que únicamente ordenó la vinculación en provisionalidad de aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, sin hacer referencia alguna a salarios y demás prestaciones laborales de quienes fueran nuevamente nombrados.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación en el cual solicitó revocar la Sentencia de 6 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, y en su lugar solicitó acceder a las pretensiones de la demanda<sup>5</sup>, bajo los siguientes argumentos:

Con el ánimo de alcanzar el cometido pretendido en la demanda, se allegaron las suficientes pruebas documentales que dan cuenta de la relación laboral que mantenía el actor y la entidad demandada, la condición de padre cabeza de familia, la terminación del vínculo laboral, la existencia de vacantes en el mismo cargo para la época de la desvinculación, la reincorporación y la solicitud de reconocimiento de las acreencias laborales a las que tenía derecho.

#### **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, mediante concepto visto a folios 160-165, solicitó se confirme la decisión de primera instancia, al considerar que la

---

<sup>5</sup> Folios 110-112 del expediente.

Fiscalía General de la Nación, en ejecución de la sentencia SU 446 de 2011, vinculó nuevamente al 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 no se encuentra que la entidad demandada esté obligada a pagar los emolumentos pretendidos en la demanda, toda vez que la relación entre las partes es una diferente a la que venía ejerciendo antes de su retiro para proveer el cargo que ocupaba tal y como fue ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación.

## **VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **6.1. Problema jurídico**

Atendiendo a los motivos de oposición aducidos por la parte demandante y conforme al material probatorio obrante en el expediente, se extrae que el problema jurídico en el *sub-lite*, consiste en determinar si el señor Isaías Rubio Hernández tiene derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el retiro del servicio y su reincorporación al mismo en cumplimiento de la Sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional, tal y como lo señala el demandante, o si por el contrario, el ingreso a la Fiscalía General de la Nación constituye un nuevo nombramiento, sin que sea viable con ocasión a éste, pretender ahora el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir con antelación al mismo.

### **6.2. Análisis del Asunto.**

Con fundamento en el problema jurídico señalado, y teniendo en cuenta que en el sub-lite se pretende el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por el actor durante el tiempo en que estuvo desvinculado del servicio, se procede a abordar el asunto que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, en el siguiente orden: **(i)** Del concurso público convocado por la

Fiscalía General de la Nación, para proveer cargos en carrera administrativa- antecedentes legislativos; (ii) De los antecedentes jurisprudenciales; (iii) Del cumplimiento de la Sentencia SU- 446 de 2011; y **(iv)** De la solución del caso concreto.

**i. Del concurso público convocado por la Fiscalía General de la Nación, para proveer cargos en carrera administrativa – antecedentes legislativo.**

El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, y, esta misma disposición regula la designación por concurso público, cuando el sistema de nombramiento no se prevea como de libre nombramiento y remoción.

La Ley 938 de 2004, reguló el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, y en su artículo 60 dispuso:

*“Artículo 60. Derogado por el artículo 121 del Decreto No.20 de 2014<sup>6</sup>.*

*La Fiscalía General de la Nación tiene su propio régimen de carrera el cual es administrado y reglamentado en forma autónoma, sujeta a los principios del concurso de méritos y calificación del desempleo.*

*Su administración y **reglamentación**<sup>7</sup> corresponde a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación que se integra de la siguiente manera: el Fiscal General o el Vice fiscal General quien presidirá, el Secretario General, el Director Nacional Administrativo y Financiero, dos (2) representantes de los funcionarios y empleados elegidos por estos según el procedimiento de elección que fije el Fiscal General de la Nación, el Jefe de la Oficina de Personal actuará como Secretario de la Comisión con voz pero ni voto. La Comisión expedirá su propio reglamento”.*

<sup>6</sup> Se cita teniendo en cuenta que para la fecha de la convocatoria el citado artículo se encontraba vigente.

<sup>7</sup> A parte declarado inexecutable por la Corte Constitucional C-878 de 10 de septiembre de 2008



La Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de las facultades legales que le confirió el citado artículo 60, y conforme a lo preceptuado en el Acuerdo No. 001 de 30 de junio de 2006, expedido por dicho órgano, convocó a concurso público para proveer los cargos correspondientes al área de fiscalías, empleos que conformaban la planta global de la entidad.

Culminadas las etapas del proceso de selección la Comisión Nacional de Carrera publicó el registro definitivo de elegibles, mediante el Acuerdo No. 007 de 24 de noviembre de 2008, acto que fue modificado por el Acuerdo No. 032 de 30 de diciembre de 2009 y adicionado por el Acuerdo No. 001 de 19 de enero de 2010.

Con ocasión de la implementación del sistema de carrera y con el objeto de proveer los empleos, la Fiscalía General de Nación dio por terminado los nombramientos en provisionalidad de los servidores que ocupaban no solo los cargos sometidos a concurso, sino también aquellos que no habían sido convocados. Igualmente, dio por terminado los nombramientos de aquellos que se encontraban en una condición especial, esto es, de prepensionados, madre y padre cabeza de familia y discapacitados.

Con ocasión a lo anterior, durante el proceso de selección, el Legislador expidió la Ley 975 de 2005<sup>8</sup>, mediante la cual creó una serie de cargos en la Fiscalía General de la Nación, con el fin de atender temas relacionados con la reincorporación de grupos armados al margen de la ley, ampliando con ello obviamente la planta de personal de dicha entidad frente a la que se tenía para el año 2005.

Igual situación aconteció con la expedición del Decreto ley No. 122 de 2008, el cual surgió con ocasión de un estudio técnico que evidenció la necesidad de crear cargos en la Fiscalía, para atender funciones relacionadas con las investigaciones sobre violación de

---

<sup>8</sup> *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.*

derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, extinción del dominio, el fortalecimiento para la aplicación de la Ley de justicia y paz, Ley 975 de 2005, la ejecución del plan nacional para búsqueda, fortalecimiento del programa de protección a víctimas y testigos entre otros. Dicho decreto creó también cargos de carácter transitorio para atender las necesidades de la ley de justicia y paz, y fijó como término de vigencia para esas plazas de 12 años.-

Frente al anterior escenario, se presentaron dos situaciones a saber, la primera, si los cargos creados con ocasión de la Ley 975 de 2005, y el Decreto Ley 122 de 2008, podían ser provistos con la lista de elegibles, pues dichos cargos fueron creados con posterioridad al proceso de selección que se llevó a cabo al interior de la Fiscalía General de la Nación, y la segunda, si aquellas personas que se encontraban nombradas en provisionalidad y tenían una condición especial de protección, debía tener una especial protección en atención precisamente de dicha condición.

Fue así que tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional han tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, tal y como se procede a relacionar.-

## **ii. De los antecedentes jurisprudenciales.**

### **ii.1 Frente al agotamiento de la lista de elegibles en cargos no convocados a concurso, el Consejo de Estado, señaló:**

Sentencia de 27 de enero de 2011, expediente No. 23001-23-31-000-2010-00569-01 (AC), Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sostuvo lo siguiente:

*“En el asunto objeto de estudio los cargos que se tenían que proveer mediante concurso eran 52 Delegados ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial y ante la existencia de otras vacantes en dichos cargos la entidad no podía extender los alcances de la Convocatoria 004-2007.*

*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.”<sup>9</sup>*

*“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.”<sup>10</sup>*

Obsérvese como en esa oportunidad la Corporación, frente a la convocatoria a concurso

---

<sup>9</sup> Fallo de tutela de agosto 5 de 2010, Radicación número: 18001-23-31-000-2010-00239-01(AC), Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón.

<sup>10</sup> Fallo de tutela de enero 27 de 2011, Radicación número: 23001-23-31-000-2010-00569-01(AC), Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

que se llevó a cabo al interior de la Fiscalía General de la Nación, estableció 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 año 2007.

Por su parte, la Subsección A, en sentencia del 12 de marzo de 2014, expediente No. 73001-23-31-000-2010-00706-01(1769-13), Actor: ALICIA MARTINEZ BARRAGAN, Magistrado Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, revocó la sentencia de primera instancia, y declaró la nulidad del acto de retiro del servicio de la actora, y ordenó el restablecimiento del derecho, esto es, el reintegro al cargo que desempeñaba y el pago de los salarios y prestaciones dejadas de devengar desde el retiro hasta el reintegro, para lo cual se argumentó:

*“Con fundamento en las disposiciones y jurisprudencia trascrita, unificada tanto en las dos subsecciones de la sección segunda de esta Corporación como en la Corte Constitucional, se sostiene que el objeto de la Convocatoria 004 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación, tenía por objeto someter a concurso de méritos 52 empleos de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior y por lo tanto, con la lista de elegibles producto de dicho concurso, únicamente podrían proveerse esos 52 empleos y no otros que a la fecha de elaboración de la lista o con posterioridad a ella estuvieren vacantes en la entidad o provistos en provisionalidad.*

*De las consideraciones que se invocaron como fundamento en los actos demandados, se puede establecer que la terminación del nombramiento provisional de la demandante, tuvo como objeto nombrar en periodo de prueba a un integrante de la lista en un cargo que no fue sometido al concurso de méritos mediante la Convocatoria 004 de 2007; lo que configura la violación de las normas que rigen el concurso y conlleva la nulidad del acto.*

*La Sala debe precisar que si bien la vinculación de la demandante en el empleo de Fiscal delegada ante Tribunal Superior del Distrito de Ibagué era en provisionalidad, también lo es que la motivación del acto que la desvinculó se torna falsa, en cuanto si bien se estaba haciendo uso de una lista de elegibles, dicha lista no se conformó con el objeto de proveer el empleo que ella desempeñaba, sino los 52 empleos que se ofertaron en la Convocatoria, dentro de los que no estaba el ocupado por la demandante y*

*por lo tanto, no se podía hacer uso de la lista, cuando ya se había agotado el objeto que dio lugar a su conformación”.*

#### **Del cumplimiento de la sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional.**

Dos son los problemas jurídicos que planteó la Corte Constitucional en la Sentencia SU 446 de 2011, los cuales se concretan así: (i) el primero de ellos, relacionado con lo señalado en el acápite anterior, esto es, si la Fiscalía General de la Nación, podría proveer los cargos que fueron creados mediante la Ley 975 de 2005 y el Decreto Ley 122 de 2008, los cuales no fueron convocados a concurso teniendo en cuenta que su creación se hizo con posterioridad a la convocatoria, a lo cual la Corte contestó que no era posible, y que para ello, la Fiscalía debía convocar a un nuevo concurso para proveerlos, ya que sus perfiles tenían un alto grado de especialidad y por la naturaleza de los temas que iban a manejar.

Es necesario destacar que la Corte Constitucional en la sentencia señalada, acogió en buena parte la posición asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado antes descrita, 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 varias decisiones que emitió, estableció que sólo se entendían como servidores de carrera de la Fiscalía 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**”*<sup>11</sup>

(ii) Frente al segundo problema jurídico, relacionado con 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, para lo cual la Corte Constitucional, desarrolló los siguientes planteamientos.

---

<sup>11</sup> *Ibídem.*



La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación, era reemplazar estos provisionales con una persona que hubiera ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. 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 una persona que ganó el concurso, pues la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las persona que ganaron el concurso público de méritos.

Sin embargo, 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 i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 – fecha en que se expidió el Acuerdo No. 007 de 2008, les faltaren tres años o menos para obtener la respectiva pensión, y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos eventos, la Fiscalía ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorgan un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, como ente Fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, por lo que, la Corte ordenó a la entidad que dichas personas de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Sobre el particular la Corte 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 en el artículo tercero de la parte resolutive de la sentencia SU 446, señaló:

“(…)

*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, 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.*

*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.”<sup>12</sup>*

### **iii. Del caso concreto.**

Del material probatorio obrante en el expediente, se extraen las siguientes pruebas documentales que rodea la situación fáctica del actor.

#### **iv.1 De las pruebas documentales previas al nombramiento en provisionalidad efectuado por el Fiscal General de la Nación, en cumplimiento de la Sentencia SU -446.**

---

<sup>12</sup> Información extraída de la sentencia SU 446 de 2011

Subproceso de vinculación de personal efectuado por la Sección de Seguridad y Soporte Logístico del Cuerpo Técnico de Investigación CTI - Tolima, del 26 de octubre de 2011, mediante el cual dicha dependencia certificó que una vez verificada la información suministrada en la hoja de vida del señor ISAIAS RUBIO HERNÁNDEZ, el citado señor presentó la totalidad de la documentación requerida para el proceso de vinculación a la entidad.<sup>13-</sup>

Pruebas y evaluaciones psicológicas de pre – empleo Fiscalía General de la Nación<sup>14</sup>, realizadas por la Psicóloga del CTI, el 28 de noviembre de 2011, en donde el actor resultó apto.

Informe de seguridad y verificación de datos contenidos en la hoja de vida del actor<sup>15</sup>, de fecha 29 de febrero de 2012, realizado por la Sección de Seguridad y Soporte Logístico del Cuerpo Técnico de Investigación CTI.

Estudio de seguridad de ex funcionarios que hará parte nuevamente de la institución, de fecha 8 de marzo de 2012, previa solicitud de la Dirección Nacional del CTI, en el cual se dejó constancia que: *“respecto al caso del Sr. RUBIO reúne el requisito de Padre Cabeza de Familia, toda vez que tiene 53 años de edad y actualmente realiza oficio varios, al realizar visita domiciliaria en su residencia informa que es la casa paterna de su esposa, ubicada en la (...) del Municipio del Líbano, (...) convive con su esposa DIANA PATRICIA DOMINGUEZ QUINTERO, edad 42 años, ocupación ama de casa, su hijo CARLOS ANDRES RUBIO DOMINGUEZ, edad 14 años, ocupación estudiante (...) y su hija LUISA MARIA RUBIO DOMINGUEZ, edad 6 años, ocupación estudiante de primaria. Se pudo observar en los documentos anexos los respectivos registros civiles de los menores y la declaración extrajuicio en la que registra bajo la gravedad del juramento su situación económica y con las personas que convive<sup>16</sup>.”*

---

<sup>13</sup> Ver folios 4-7 del cuaderno de pruebas

<sup>14</sup> Ver folios 26-27 del cuaderno de pruebas

<sup>15</sup> Ver folios 24-25 del cuaderno de pruebas

<sup>16</sup> Ver folios 2-3 del cuaderno de pruebas

Circular No. 007 de 2011, por medio de la cual se impartieron las directrices que se debían tener en cuenta para el trámite de las solicitudes y para las actuaciones administrativas relacionadas con la acreditación de la situación de protección especial por parte de quienes crean tener derecho al amparo constitucional, con el propósito de dar cumplimiento al artículo 3 de la sentencia SU 446.

La Oficina de Personal acogiendo las directrices impartidas por el Despacho del Fiscal, publicó un aviso en la página web de la entidad, y mediante circular 001 de 2 de enero de 2012, señaló las fechas para la recepción de las solicitudes de revinculación.

Dentro de la totalidad de personas que solicitaron ser vinculados nuevamente en los empleos de asistente de fiscal I y II, asistente judicial IV, y fiscal delegado ante los jueces del circuito, se vincularon entre otros, el actor quien cumplió con la documentación requerida para acreditar su condición de padres cabeza de familia, al momento de su desvinculación y al de su posible nombramiento.

Mediante Resolución No. 0912 de 14 de junio de 2012<sup>17</sup>, el Fiscal General de la Nación, realizó unos nombramientos en provisionalidad en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 3 de la parte resolutive de la sentencia SU 446 de 2011. Y en el artículo segundo de la citada Resolución No. 0912<sup>18</sup>, dispuso:

*“ARTICULO SEGUNDO. NOMBRAR EN PROVISIONALIDAD, en el cargo de ASISTENTE DE FISCAL II, por su condición especial de MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo tercero de la parte resolutive de la sentencia SU -446 de 2011, en concordancia con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo a las siguientes personas:*

(...)

**ISAIAS RUBIO HERNANDEZ ASISTENTE DE FISCAL II IBAGUE.**

(...)

---

<sup>17</sup> Ver folios 28-40 del cuaderno de pruebas

<sup>18</sup> Ver folios 28-40 del cuaderno de pruebas

*Los nombrados deberán aceptar y tomar posesión del cargo dentro del término establecido en los artículos 19 y 22 de la Resolución NO. 0-1501 del 19 de abril de 2005, modificado este último por el artículo de la Resolución No. 0-0890 del 31 de marzo de 2011. Ante la Dirección Seccional Administrativa y Financiera que corresponda a la oficina de personal, previa verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.”*

#### **iv.2 De las pruebas relacionadas con la solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales con ocasión del retiro del servicio.**

El 24 de enero de 2013, el señor ISAIAS RUBIO HERNANDEZ<sup>19</sup>, actuando en nombre propio, y en ejercicio del artículo 23 de la Constitución Política, 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 desvinculado de la fiscalía, esto es, del 12 de abril de 2010 al 3 de julio de 2012, con sus respectivos incrementos, bonificación por actividad judicial, primas ordinarias y la prima de productividad, vacaciones, sumas debidamente indexadas.

La Directora Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía, mediante Oficio No. 60000-14-00122 de 27 de enero de 2013, dio respuesta a la petición presentada por el actor, negándola bajo los siguientes argumentos: *“toda vez que de acuerdo con la Resolución No. 0-0912 del 14 de junio de 2012, emanada del Despacho del Fiscal General de la Nación, usted fue nombrado en provisionalidad en cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia SU 446 de 2011, por la condición de Padre Cabeza de Familia, lo cual indica que se produjo un nuevo nombramiento, más no un reintegro”*<sup>20</sup>.

El anterior acto administrativo es el que se demanda mediante el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

#### **iv. Del análisis de la Sala:**

---

<sup>19</sup> Ver folio 2 del cuaderno de pruebas

<sup>20</sup> Ver folio 1 del cuaderno de pruebas.

No es objeto de debate y se encuentran plenamente acreditados con las pruebas previamente relacionadas los siguientes hechos que interesan al presente asunto:

- i) Que el demandante fue nombrado en provisionalidad mediante Resolución No. 0912 de 2012 en cumplimiento de la Sentencia SU 446 de 2011 que ordenó 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: 1) ser madres o padres cabeza de familia; 2) 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 3) estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección;
- ii) Que el actor demostró plenamente su condición de PADRE CABEZA DE FAMILIA;
- iii) Que previo a su nombramiento en provisionalidad, se agotó el subproceso de vinculación de personal efectuado por la Sección de Seguridad y Soporte Logístico del Cuerpo Técnico de Investigación CTI, y psicológico, para su ingreso nuevamente a la Fiscalía General de la Nación, entidad en la que se encuentra actualmente vinculado en el cargo de Asistente de Fiscal II.

Así las cosas, y atendiendo el marco legal y jurisprudencial previamente esbozado, es posible concluir que no le asiste al actor el derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales reclamados desde el retiro del servicio, el **12 de abril de 2010 y el 3 de julio de 2012**, fecha esta última en la cual la entidad demandada lo nombró en provisionalidad en

cumplimiento de la tan mencionada sentencia SU 446 de 2011, por las razones que se proceden a exponer:

Lo primero que quiere la Sala indicar es que en el *sub-lite*, es jurídicamente viable separar dos escenarios que inciden en la situación particular del actor, esto es, el generado por las acciones de tutela interpuestas y que dieron origen a la sentencia SU -446, y dos, los actos administrativos que se emitieron con ocasión del proceso de selección llevado a cabo al interior de la Fiscalía General de la Nación, y que culminó con el retiro del servicio del actor, entre otros, por encontrarse nombrado en provisionalidad.

#### **1) Acciones de tutela – SU 446 de 2011.**

Parte la Sala del primer escenario en donde la Corte Constitucional dejó claramente establecido que en razón a la naturaleza de la planta global de la Fiscalía, y atendiendo al carácter provisional de la vinculación que ostentaban algunos servidores de dicha entidad, la única limitación que tenía el Fiscal General de la Nación para reemplazar a estos provisionales era hacerlo, por un lado, con una persona que hubiera ganado el concurso y por otro, que lo fuera en una de las plazas ofertadas<sup>21</sup>.

En este caso, se señaló que los provisionales no podían alegar vulneración de derecho fundamental alguno al ser desvinculados de la entidad, toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que superó el concurso.

Lo anterior, por cuanto las personas nombradas en provisionalidad gozan de una relativa estabilidad, pues es evidente que los derechos de carrera se contraponen a éstos, prevaleciendo el mérito frente a cualquier otro tipo de vinculación.

---

<sup>21</sup> Esto es, solo en las plazas que fueron objeto de concurso, pues como se señaló en las consideraciones precedentes, si el retiro del servicio aconteció en una plaza que no fue objeto de convocatoria, no podía la entidad demandada proceder al retiro de quien se encontraba en dicho cargo, aun cuando lo fuera en provisionalidad.

Ahora bien, respecto de aquellos funcionarios nombrados en provisionalidad y retirados del servicio para dar paso a la carrera administrativa, que se encontraban en una condición especial de protección, la Corte Constitucional, si bien no concedió la tutela respecto de esos casos porque ellos **“no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo”**, sí ordenó a la entidad demandada un trato preferencial como una medida de acción afirmativa, en los términos del artículo 13 de la Constitución Política, y **de ser posible**, procedieran nuevamente vincularlos en forma provisional en cargos vacantes.

De acuerdo con la postura de la Corte Constitucional, aquellas personas que cumplieran esa condición de especial protección no ostentaban ningún derecho a permanecer en el empleo, pues era claro que se debía dar prioridad al personal en carrera administrativa, sin embargo, los antecedentes jurisprudenciales referenciados en el acápite anterior, han determinado que dicha premisa no es tan restrictiva, cuando se trate de retiros del servicio de personal que desempeñaba cargos que no fueron convocados a concurso, y de personal en provisionalidad que gozaba de la condición especial señalada.

En este orden de ideas, la Fiscalía General de la Nación, expidió la Resolución No. 0912 de 14 de junio de 2012<sup>22</sup>, mediante la cual nombró en provisionalidad al actor, entre otros, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 3 de la parte resolutive de la sentencia SU 446 de 2011.

En conclusión, resuelto como quedó dicho, el actor fue nombrado en provisionalidad por el Fiscal General de la Nación, lo cual le permite a la Sala afirmar que la entidad demandada dio cumplimiento a la orden impartida por la Corte Constitucional, pues ella se limitó única y exclusivamente a que se efectuaran los nombramientos en provisionalidad, entendidos éstos como vinculaciones nuevas y no como reincorporaciones al servicio, ni mucho menos reintegros.

---

<sup>22</sup> Ver folios 28-40 del cuaderno de pruebas

## **2. Acto administrativo de retiro del servicio.**

Lo anterior, nos lleva al segundo escenario el cual involucraría un proceso ante la Jurisdicción Contenciosa, en la cual se debatan los actos administrativos que culminaron con el retiro del servicio del actor, sin embargo, encuentra la Sala que dicho escenario no aconteció, teniendo en cuenta que no obra prueba alguna que demuestre que el señor Rubio Hernández acudió ante la jurisdicción contenciosa, pues lo que hizo el actor fue que con ocasión de la sentencia de tutela que ordenó su vinculación o nombramiento en provisionalidad, generar de la administración un nuevo pronunciamiento, pretendiendo el pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo en que estuvo retirado del servicio.

Visto lo anterior, no encuentra la Sala el por qué tenga la entidad demandada que cancelar los salarios y prestaciones por el tiempo en que estuvo desvinculado del servicio, pues, se insiste, el demandante no cuestionó en su oportunidad el acto administrativo de retiro si no estaba de acuerdo con éste, ni mucho menos el proceso de selección que se llevó a cabo al interior de la Fiscalía General de la Nación.

Como puede apreciarse, el actor no puede ahora amparado en una decisión negativa de la administración, cuestionarla pretendiendo una pretensión de carácter económico, cuando la misma no tiene origen ni en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, ni en ningún proceso ante la jurisdicción contenciosa en la que se hubiera debatido la legalidad del acto de retiro, insiste la Sala, la Corte en su providencia dejó claramente establecido que los retirados del servicio que estaban nombrados en provisionalidad **“no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo”**, sino que solo por su condición especial, se les debía proteger ordenando su vinculación en provisionalidad, siempre y cuando fuera posible.

Lo que hay que anotar, conforme a lo señalado en consideraciones precedentes, es que no puede el demandante pretender ahora obtener una decisión a favor, con ocasión de la



orden de vinculación dada por la Corte Constitucional, sin haber agotado previamente la instancia correspondiente.

Así las cosas, la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, debe ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **VII. FALLA**

**CONFIRMAR** la sentencia de 6 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda proferida dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho incoado por Isaías Rubio Hernández contra la Fiscalía General de la Nación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.**

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

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**



**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

SLIV/POO