

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
 ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
 EXPEDIENTE: 2019-0343
 JL 41790



Señores

JUZGADO SESENTA (60°) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SECCION TERCERA
Dr. ALEJANDRO BONILLA ALDANA

Expediente:	11001-33-43-060-2019-00343-00
Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante:	JOSE MANUEL CORTES
Demandado:	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

OLGA LUCIA RUIZ MORA, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 51.866.451 de Bogotá, con Tarjeta Profesional número 62.906 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada especial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, entidad demanda en el proceso de la referencia, con todo respeto y oportunamente, en los términos del Artículo 181 del C.P.A.C.A., me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** y solicitar, en consecuencia, se DENIEGUEN LAS PRETENSIONES.

OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de los términos establecidos en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda, la cual fue notificada a mi representada vía electrónica el 10/12/2019. Por lo que, se radica dentro de la debida oportunidad procesal.

I. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

DEL HECHO 1 AL 18. Son parcialmente ciertos y explico.

a.- Como quiera que se trata de un resumen sucinto de las actuaciones administrativas adelantadas por la entonces Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación en el marco del concurso público de méritos 2008 para proveer 1.716 cargos del área administrativa de la Fiscalía General de la Nación, se consideran como ciertos, sujetándome al tenor literal de los actos administrativos reseñados y analizados en el contexto adecuado.

b.- Lo que no es cierto, es la interpretación que de la normatividad aplicable hace el demandante respecto de las convocatorias adelantadas por la FGN y, concretamente de la convocatoria 004 de 2008 donde el participó, como quiera que hace una mixtura de los diferentes sistemas de carrera para la provisión de cargos a través de concurso de mérito que existen en el ordenamiento Jurídico Colombiano, así como los diversos pronunciamientos jurisprudenciales existentes, en aras de lograr la prosperidad de sus pretensiones.

Para su caso particular, la ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios como lo es el Decreto 1227 de 2005, que por referencia expresa hace alusión el demandante, no tiene aplicación al caso concreto, sobre todo si se tiene en cuenta que dicha normatividad creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como un órgano permanente del nivel nacional, dotado de personería jurídica, autónoma e independiente de las ramas del poder público y a quien se le atribuyó la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos **-excepto de aquellas especiales de origen constitucional.**

Y el Decreto en mención hace referencia al sistema de vigilancia de los empleados públicos de entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, al personal civil del Ministerio Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y al personal no uniformado de la Policía Nacional; razón por la cual no son

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



aplicables TAMPOCO al concurso de méritos del área administrativa y financiera, de manera concreta, a las Convocatorias 01 a 015 del 2008, por cuanto estas disposiciones regulan las carreras administrativas de las entidades mencionadas con antelación, entre las cuales, no se incluye la Fiscalía General de la Nación.

1.1.- Ahora bien, de cara a la solicitud de reparación directa pretendida por el demandante, en relación con los hechos, se consideran **COMO CIERTOS** los siguientes:

- ✓ Que el demandante participó en la Convocatorias No. 004 – Grupo 3 para el empleo PROFESIONAL DE GESTIÓN II.
- ✓ Que el demandante fue nombrado en periodo de prueba en su orden de elegibilidad mediante Resolución No. 0-2431 del 12 de Julio de 2017 respecto de la convocatoria 004 – grupo 3, conforme a la lista de legibles definitiva publicada mediante acuerdo No. 0029 de 13 de julio de 2015. Y tomó posesión en periodo de prueba del cargo de PROFESIONAL DE GESTIÓN mediante acta no. No.045 del 04 de septiembre de 2017.

Lo que **NO RESULTA CIERTO**, una vez verificada la situación del demandante respecto a los resultados que obtuvo en el concurso de méritos de la convocatoria 004 – Grupo 003, es lo siguiente:

- ✓ Que el demandante ocupó un puesto de mérito que le permitiera ser nombrado en una de las vacantes ofertadas en la convocatoria 004 de 2008. Lo anterior en virtud a que el demandante ocupó el puesto 211 y para el momento el momento de su posesión ocupó la posición 217 de 161 **19 vacantes ofertadas**.
- ✓ Que el nombramiento del demandante efectuado el 12 de julio de 2017 se constituye como retardo injustificado. Por la posición ocupada debía esperar a que se efectuarán los nombramientos de los primeros **161** concursantes de la lista de elegibles y una vez se generaron las vacantes ir ocupándolas con el resto de los elegibles y en estricto orden ascendente hasta llegar a la posición del demandante, cual fue la **217**
- ✓ Tampoco lo es que la Fiscalía General de la Nación transgredió en su caso particular la normatividad aplicable al concurso, esto es el art 40 del Decreto Ley 20 de 2014, que la habilitaba para ser nombrada dentro de los 20 días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles, por cuanto ella no ocupó una posición de mérito al obtener un puntaje que la ubico fuera del umbral de cargos ofertados.
- ✓ Que, como el nombramiento, no se efectuó en ese periodo, se hace acreedor al pago de sus acreencias laborales desde el 12 de agosto de 2015 (fecha en que se venció el plazo de los 20 días hábiles para ser nombrada en la planta de personal de la FGN) y hasta la fecha de su nombramiento, esto es, el 12 de Julio de 2017.
- ✓ Tampoco resulta ajustado a la realidad que, al haber sido nombrado en la seccional magdalena, se le nombro en un cargo para que el concurso. Basta con observar el acta de posesión en periodo de prueba para determinar que se nombró en el cargo de profesional de gestión II en la seccional de magdalena, siguiendo las reglas del concurso y el concepto del Consejo de Estado que dieron aval a que los nombramientos se efectuaban teniendo en cuenta los grupos no las áreas convocadas.

II.- A LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS

Manifiesto mi oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de JOSE MANUEL CORTES, quien pretende la reparación de perjuicios causados por el presunto retardo injustificado de su nombramiento en periodo de prueba pese al haber superado el concurso de méritos que adelantó la entidad en el 2008,

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



concretamente la convocatoria 004 - Grupo 3 – PROFESIONAL DE GESTION II, y ocupar en la lista de elegibles para este cargo el puesto No. **217**.

La oposición se funda en la inexistencia del Daño antijurídico, los medios exceptivos que se propondrán, y por los demás elementos de juicio que se expondrán en el curso del proceso.

Lo anterior bajo el entendido, que, en su caso particular, a pesar de no ocupar una posición privilegiada en el concurso de méritos, fue nombrado durante la vigencia del registro de elegibles, cuando se presentaron las vacantes en los cargos objeto de la convocatoria.

Con lo cual la FGN, no hizo nada diverso que proceder en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política de proveer únicamente las vacantes que se presentaron en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación.

Por ello solicito que la parte demandante sea condenada al pago de las costas y agencias en derecho, de conformidad con las reglas procesales vigentes.

III.- ARGUMENTOS DE DEFENSA

Teniendo en cuenta que la inconformidad de la demandante gira en torno a una presunta demora injustificada de la entidad para posesionarlo en el cargo para el que concurso, no obstante haber ocupado el puesto 217 de la convocatoria 004 – G 3 según en el registro de elegibles definitivo conformado mediante Acuerdo No. 079 del 7 de julio de 2017 – vigente para la época de su nombramiento, es preciso abordar la línea de defensa de la siguiente manera:

1. *Referente legal y jurisprudencial del Concurso de méritos 2008 del área administrativa de la Fiscalía General de la Nación, correspondientes a los niveles Profesional, Técnico y Asistencial.*
2. *Resultados de la convocatoria 004 – GRUPO 3 de 2008 en la que participó el demandante.*
3. *Si por la posición alcanzada por el demandante en la lista de elegibles, la entidad tenía la obligación de nombrarlo dentro de los 20 días siguiente a la publicación de la lista de elegibles del Acuerdo No. 0029 de 13 de julio de 2015, modificado por el Acuerdo 079 de 2017, como se afirma en la demanda.*

1.- Referente legal y jurisprudencial del Concurso de méritos 2008 del área administrativa de la Fiscalía General de la Nación, correspondientes a los niveles Profesional, Técnico y Asistencial.

Para el adecuado debate en esta causa efecto, me permito reseñar brevemente el fundamento legal por el cual se adelantó el concurso público de méritos de 2008, su obligatoriedad, las reglas y sus alcances, en cuyo contexto es que se debe entrar a resolver las pretensiones del demandante.

1.- El fundamento legal aplicable al concurso que nos convoca esta acción de reparación directa, lo encontramos en el Art. 253 de la Carta Política que dotó a la FGN de autonomía para determinar el ingreso a la carrera, en los términos en que lo establezca el legislador.

En este sentido, en la Sentencia C- 037 de 1996, la Corte Constitucional estableció:

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



“(..) [P]ara el caso de la Fiscalía General de la Nación, resulta ajustado a la Carta Política el que la Ley Estatutaria sobre Administración de Justicia establezca que dicho ente acusador tendrá un régimen autónomo de carrera, el cual de todas formas deberá ser regulado por el legislador ordinario, atendiendo eso sí a los parámetros y principios generales que se señalan en la normatividad bajo examen, habida cuenta de la superioridad jerárquica de las leyes estatutarias en relación con las ordinarias”.

El Consejo de Estado en concepto 1976 de 2010, con fundamento en la jurisprudencia constitucional expedida hasta ese momento (Sentencias C-040 de 1995 y SU 913 DE 2009), preciso que las reglas señaladas para las convocatorias son las “leyes del concurso” y son inmodificables, salvo que sean contrarias a la Constitución o que sus disposiciones vulneren derechos fundamentales.

2.- La Ley 938 de 2004 – Por la cual se expide el Estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, vigente para la época del concurso de méritos, en su artículo 66 y 67, prevé lo siguiente:

“Artículo 66. Registro de elegibles. *Con base en los resultados del concurso se conformará el Registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años.*

La Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación reglamentará la actualización del Registro.

Igualmente, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación podrá utilizar este Registro para proveer cargos equivalentes o de inferior grado.

Artículo 67. Provisión de los cargos. *Se efectúa en estricto orden descendente con quienes ocupen los primeros puestos en el Registro de elegibles.”*

3.- Acuerdo No. 001 de junio 30 de 2006 expedido por la, entonces, comisión de la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en las facultades del art 60 de la ley 938 de 2004 cuyo objeto era reglamentar los concursos de méritos que se desarrollarían al interior de la FGN para la provisión de cargos, en cuyo articulado dispuso, para lo que nos atañe, lo siguiente:

Art 22. Registro de Elegibles: Con base en el resultado el concurso de méritos se conformará el registro de elegibles para la provisión de los cargos y las vacantes que se presentes durante su vigencia, en estricto orden descendente del puntaje

Parágrafo: la oficina de personal conformara una base de quienes conforman el registro de legibles que deberá contener como mínimo: nombre, genero, documento de identidad, cargo al que aspira, centro de formación, estado civil, calificaciones del concurso de meritito, ubicación geográfica.

Art 23. Elaboración del registro de legibles y nombramientos. Corresponde a la oficina de personal ... elaborar y actualizar el registro de elegibles. El registro está conformado por los candidatos que hayan aprobado el concurso de méritos y que no hayan sido nombrados.

El nombramiento deberá efectuarse en estricto orden descendente de puntajes.

(...)

El registro de elegibles deberá utilizarse para la provisión de los cargos de carrera vacantes en la entidad.

Art 26. Vigencia del registro de elegibles. El registro de elegibles tendrá una vigencia de

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



dos (2) años

4.- Reglas comunes a las Convocatorias 001 a la 015 de 2008 por medio de las cuales se convocó a concurso abierto de méritos la provisión de 1.716 cargos del área administrativa de la Fiscalía General de la Nación, correspondientes a los niveles Profesional, Técnico y Asistencial, así:

Convocatoria	Denominación del cargo	N° de cargos
001-2008	Profesional Especializado II	1
002-2008	Profesional Especializado I	88
003-2008	Profesional Universitario III	114
004-2008	Profesional Universitario II	472
005-2008	Profesional universitario I	14
006-2008	Técnico Administrativo IV	4
007-2008	Técnico Administrativo III	23
008-2008	Técnico Administrativo II	150
009-2008	Técnico Administrativo I	11
010-2008	Secretario Ejecutivo II y I	12
011-2008	Secretario IV, III, II y I	454
012-2008	Asistente Administrativo III	3
013-2008	Asistente Administrativo II	11
014-2008	Asistente Administrativo I	169
015-2008	Auxiliar Administrativo III, II	130

4.1.- Este proceso de selección se vio afectado por una serie de eventos jurídicos ajenos a la entidad, tales como: (i) la expedición de dos actos legislativos que en su momento suspendieron el concurso (Acto Legislativo 001 de 2008 y Acto Legislativo 04 del 7 de julio de 2011) que en su momento suspendieron el concurso pues lo afectaban de manera directa, pero que a la postre fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional, mediante sentencias C-588 del 27 de agosto de 2009 y C-249 del 29 de marzo de 2012 respectivamente, ii) Decisiones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenaron la suspensión del registro de elegibles, y (iii) decisiones de tutela de la Corte Constitucional que ordenaron citar en igualdad de condiciones a los aspirantes y (iv) fallos de la Corte Suprema de Justicia que concluyeron que el proceso de selección no había perdido vigencia.

4.2.- Que, en aras de contar con criterios y condiciones objetivos de la convocatoria y su reglamento, la Comisión de Carrera de la época solicitó concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a través del DAFP, respecto a la forma de conformación de los listados de elegibles, específicamente si debía tenerse en cuenta además del grupo y la disciplina académica, el área de ubicación del empleo.

4.3.- Que por la anterior Comisión Nacional de Administración de Carrera mediante Acuerdo N° 012 del 3 de abril de 2013 ordenó la suspensión del concurso hasta que se adoptara por parte de la Comisión, decisión respecto de la conformación de los Registros Definitivos de Elegibles con base en el concepto que emitiera la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

4.4.- El Concepto¹ fijó el criterio que debería seguir la entidad sobre la conformación

¹ Concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil – Radicado 2158 del 10 de diciembre

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



de la lista de elegibles del proceso de selección para la provisión de cargos de carrera del Área Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, indicando:

“... Para el caso concreto las convocatorias que realiza la Fiscalía General de la Nación se tienen que de acuerdo con el artículo 62 de la ley 938 de 2004, dichas convocatorias son “norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección”

El carácter vinculante, intangible e inmodificable de la convocatoria, como “ley del concurso”, no sólo tiene sustento en la norma legal transcrita, sino en jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, según puede observarse en las sentencias T-256 de 1995, SU-913 de 2009, C-588 de 2009, SU-446 de 2011 y C-249 de 2012, entre otras. (...)

*No cabe duda entonces de que las convocatorias 01 a 015 de 2008 realizadas por la Fiscalía General de la Nación están sujetas a un marco constitucional y legal de cuya aplicación se desprende que tales convocatorias: **i) son las reglas del concurso y ii) vinculan a la entidad y a los participantes y por tanto, son inmodificables, so pena de transgredir sus derechos fundamentales.** (Negrilla fuera del texto)...”*

III. LA SALA RESPONDE:

- 1 ***“Criterio que debe adoptar la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación para conformar los registros definitivos de elegibles, en el sentido de definir si se elaboran en consideración al “Grupo” conforme la disciplina académica del aspirante o si, además del grupo, debe tenerse en cuenta el ‘Área’ registrada por los aspirantes al momento de la inscripción”***

*Deben seguirse de manera estricta las bases del concurso que sirvieron para hacer las convocatorias 01 a 015 de 2008, donde se señala que para la conformación del registro de elegibles sólo se consideraría **el grupo** para el cual se inscribió el aspirante...”*

4.5.- Una vez analizado el concepto emitido por el Honorable Consejo de Estado, la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación en sesión del 22 de septiembre de 2014 decidió acogerlo respecto de la forma de conformación del Registro Definitivo de Elegibles del Concurso del Área Administrativa y Financiera del año 2008.

4.6.- Para el 2014, la Fiscalía General de la Nación fue objeto de un proceso de modernización y actualización tanto en su estructura como en sus procesos internos, el cual se materializó a través de los Decretos leyes 016 al 021 de 2014².

4.7.- Mediante Acuerdo No. 001 del 13 de Enero de 2015 se reanuda el proceso de selección para la provisión de cargos de carrera del Área Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, abierto a través de las Convocatorias N°001- a la 015- 2008, publicado ese mismo día en el link: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/consultas/comisionde-carrerat>, así como en la intranet de la Fiscalía FISCALNET/Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación/convocatoria Administrativa 2008.

de 2013, Consejero Ponente Augusto Hernández Becerra

² DL. 017 de 2014 por medio del cual se definen los niveles jerárquicos, se modificó la nomenclatura y se establecieron las equivalencias y los requisitos generales para los empleos de la Fiscalía General de la Nación.

DL 018 de 2014 modificó la planta de cargos de la Fiscalía General de la Nación y en consecuencia, suprimió algunos cargos y creó otros, en los términos de los Que el artículos 1° y 2° del Decreto en mención. DL 020 de 2014 Por medio del cual se efectuó la clasificación de los empleos y se expidió el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



4.8.- Junto con la convocatoria de Empleo de Carrera y el Manual específico de funciones y competencias laborales de dicha entidad, publicados en la página web de la Fiscalía General de la Nación <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/consultas/comision-de-carrera/>, así como en la Intranet de la entidad http://web/CNAC/convocatoriaadmon_2008/convocatoria_admon_2008.asp, se incluyeron los requisitos de estudios de los empleos ofertados.

2.- Resultados de la convocatoria No 004 de 2008 G. 3 cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO II, hoy PROFESIONAL DE GESTIÓN II, en la que participó la demandante.

Pues bien, habiendo superado los escollos jurídicos y de interpretación surgidos a raíz de la normatividad aplicable al concurso, el registro de elegibles se conformó de la siguiente manera:

No. DE GRUPOS	CARGOS OFERTADOS	NO. PARTICIPANTES	Lugar que ocupo el demandante, según el grupo en el que participó
GRUPO 1	95	439	
GRUPO 2	48	320	
GRUPO 3	161	694	217
GRUPO 4	17	89	
GRUPO 5	27	7	
GRUPO 6	4	18	
GRUPO 7	78	175	
GRUPO 8	29	120	
GRUPO 9	1	5	
GRUPO 10	2	2	
GRUPO 11	9	23	
GRUPO 12	5	21	
GRUPO 13	1	3	

Fuente: Acuerdo No. 006 del 02/02/2015. Modificado por el Acuerdo No. 0029 del 13 de julio de 2015. "Por medio del cual se conformó la Lista Definitiva de Elegibles para la provisión de los cargos convocados a través de la Convocatoria N° 004- 2008, a su vez modificado por el Acuerdo No .079 del 07 de julio de 2017

En dicho orden, si bien JOSE MANUEL CORTES alcanzó un puesto en la lista de elegibles, también lo es que la posición alcanzada "**217 de 161** cargos convocados" no lo habilitaba para ocupar uno de los 161 cargos convocado en los términos en que lo plantea en la demanda, por tanto, su nombramiento debía esperar la utilización del registro con los 161 primeros puestos ocupados.

3.- Si por la posición alcanzada en la lista de elegibles, la entidad tenía la obligación de nombrarlo en los cargos específicamente ofertados en dicha convocatoria a partir del 12 de agosto de 2015, esto es, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la firmeza de la lista de elegibles.

Sin adentrarnos en casos particulares, en numerosas oportunidades se ha sentado jurisprudencia³ en el sentido que la lista de elegibles tiene la finalidad **de proveer los cargos ofertados y vacantes**.

Que una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales

³ SU 446 de 2011 y T- 654 de 2011, por citar algunas

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica **las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos.**

Bajo este criterio, la demandante hace una interpretación errónea, reiterando que debe ser indemnizado a partir del 12 de agosto de 2015 por que la entidad estaba obligada a nombrarla dentro de los 20 días siguientes a la firmeza de la lista de elegibles.

En estricto apego a las normas del concurso y el contexto cierto de lo ocurrido en su caso, la obligación que tenía la entidad era proveer, con lista de elegibles, las plazas ofertadas hasta el puesto 161 y sólo a partir del momento en que alguna de ellas quedara vacante, bien por que alguno de los 161 no aceptaran el nombramiento o porque se revocaran los realizados, debía seguirse con quienes ocuparon los puestos subsiguientes, en estricto orden, hasta llegar al puesto No. 217 que ocupó la demandante para el cargo en que concurso.

De acuerdo a lo anterior, se insiste que la demandante no tiene razón, al interpretar que, por encontrarse en lista de elegibles, le da mejor derecho sobre las personas que ocuparon los cargos en el número de plazas ofertadas.

IV.- EXCEPCIONES DE MÉRITO Y ARGUMENTOS DE DEFENSA A RESOLVER EN SENTENCIA

5.1.- CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

Teniendo en cuenta lo establecido para el medio de control de reparación directa, habrá de indicarse que el término para presentar este medio de control de acuerdo con lo establecido en el artículo 164 literal i) de la Ley 1437 de 2011, es de (2) dos años, los cuales se deben empezar a contabilizar “ **a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o cuando la demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia...**”. (resaltas del apoderado).

Por lo tanto, para determinar el momento a partir del cual debe empezar a contarse el término para presentar el medio de control referenciado resulta necesario precisar la causa del daño que se aduce, indagación que implica, a su vez, establecer cuáles son los hechos que se señalan como integradores de esa causa, la materialización del daño producido por esos hechos y, en algunos eventos, el momento en el cual la parte actora tuvo o debió tener conocimiento de ese daño.

Determinado lo anterior, y en lo que tiene que ver con el caso concreto se tiene lo siguiente:

- ✓ Tal y como se observa del hecho SEXTO dice la demandante que la FGN incumplió con el plazo legal que tenía para notificarlo y nombrarlo en periodo de prueba el 13 de agosto de 2015.
- ✓ En los fundamentos de derecho reafirma que la norma incumplida fue el art. 40 de Decreto Ley 20 de 2014 que demandaba el nombramiento de los participantes al concurso dentro de los 20 días hábiles siguientes la publicación de la lista de elegibles.
- ✓ Que la indemnización debe operar desde el 12 de agosto de 2015.

De conformidad con lo anterior se plantean al honorable Despacho las posibles interpretaciones que apuntan a la caducidad del medio del control así:

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



Primera hipótesis: Considerando que el hecho supuestamente dañoso, lo hace consistir la demandante en la omisión de la entidad de nombrarlo dentro de los 20 días siguientes a la publicación de lista definitiva de elegibles y por ello su pretensión resarcitoria parte del 12 de agosto de 2015.

Así que entonces el 13 de agosto de 2017 se tiene como la fecha a partir de la cual se debe empezar a contar el término de caducidad de 2 años previsto en el numeral 2, literal i del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y como quiera que el 05/08/2019 elevó la solicitud de Conciliación, el medio de control invocado se encuentra caducado, incluso desde el agotamiento del requisito de procedibilidad.

Como sustento de lo anterior me remito al fallo del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Sección TERCERA SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata del 12 de agosto de 2019. Radicado 11001-03-15-000-2019-03281-00 por medio del cual negó la tutela a la demandante Susana Benítez Cuellar contra el fallo Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- que declaro la caducidad de la acción de reparación directa en idénticas hechos y pretensiones de la aquí demandante

Segunda hipótesis: Considerando que la caducidad se cuenta desde el momento en que se conozca el hecho supuestamente dañoso y si consideramos que el demandante a fue nombrado el 12/07/2017, partir de allí disponía hasta el 13/07/2019 para haber agotado requisito de procedibilidad y presentar la demanda bajo este medio control. No obstante, se acreditó en el proceso que la solicitud de conciliación fue presentada hasta el 02/08/2019 cuando ya el término de 2 años había fenecido

En conclusión, ni siquiera hubo suspensión del término de caducidad en tanto se acredita, que cuando se hizo la solicitud de audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 138 Judicial II para asuntos administrativos, es decir, el 02/08/2019, ya había operado la caducidad del medio de control de reparación directa.

Al respecto me permito traer como referencia un reciente fallo del H Tribunal de Cundinamarca⁴, quien al desatar un recurso de apelación en un proceso de idénticas connotaciones al presente declaró probada la caducidad de la acción, en los siguientes términos:

“..sin embargo no puede tomarse como extremo inicial del cómputo de la caducidad el día en que fue posesionado el señor Rodríguez Mora porque, primero la pretensión manifiesta una demora en el nombramiento, y segundo, la posesión es una acción que se encuentra en cabeza del interesado y extender el término hasta que el concursante decidiera posesionarse, sería flexibilizar el fenómeno jurídico hasta que el actor decidiera culminar su proceso derivado del concurso y claramente ello no es aceptable por esta Corporación...”

5.2.- INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO Y AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO.

⁴ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA SUB SECCIÓN B Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo del año dos mil veinte (2020) Magistrada Ponente: OLGA CECILIA HENAO MARÍN. Demandante: DANIEL ARTURO RODRÍGUEZ MORA. Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Referencia: No. 2018 – 462. MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA (Resuelve recurso de apelación auto) –Oralidad.

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



Al obtener una posición superior al número de cargos ofertados en la convocatoria no lo hacía merecedor para optar por uno de ellos, a menos que se produjera la vacante definitiva que permitiera mover la lista de elegibles y llegar a su posición meritosa.

En las condiciones anotadas, el procedimiento adelantado por la entidad se encuentra adecuado al ordenamiento constitucional y legal y por tanto no hay razones que permitan acceder a las pretensiones de la demandante.

Sin adentrarnos en casos particulares, en numerosas oportunidades se ha sentado jurisprudencia⁵ en el sentido que la lista de elegibles tiene la finalidad *de proveer los cargos ofertados y vacantes*.

Que una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica *las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos*.

Bajo este criterio, el demandante hace una interpretación errónea, reiterando que debe ser indemnizado a partir del 13 de agosto de 2015 por que la entidad estaba obligada a nombrarlo dentro de los 20 días siguientes a la firmeza de la lista de elegibles.

En estricto apego a las normas del concurso y el contexto cierto de lo ocurrido en su caso, la obligación que tenía la entidad era proveer, con lista de elegibles las 161 plazas ofertadas y sólo a partir del momento en que alguna de ellas quedara vacante, bien por que alguno de ellos no aceptaran el nombramiento o porque fueran revocados los realizados, debía seguirse con quienes ocuparon los puestos subsiguientes, en estricto orden, hasta llegar al puesto No. 217 que ocupó el demandante para el cargo en que concurso.

De acuerdo con lo anterior, se insiste que el demandante no tiene razón, al interpretar que, por encontrarse en lista de elegibles, le da mejor derecho sobre las personas que ocuparon los cargos en el número de plazas ofertadas.

Como él no alcanzó un puntaje requerido para ocupar una posición meritosa en la lista de Elegible para proveer el empleo de Profesional de gestión II de la convocatoria 004 grupo No. 003, sólo para él existía la necesidad esperar que se generara una vacante durante la vigencia de la precitada lista contenida en el acuerdo 029 del 13 de julio de 2015 esto es hasta el 13 de julio de 2017

En ese sentido cabe resaltar que los participantes bajo esa connotación no ostentaban un derecho adquirido a obtener un empleo público toda vez que son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplan todos los requisitos legales y superen todas las etapas del proceso de selección ya que es su posición meritosa en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho de ser nombrado en el empleo para el cual concurso.

Al respecto la corte constitucional ha referido a la naturaleza de la lista de elegibles y sus características:

La lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.

⁵ SU 446 de 2011 y T- 654 de 2011, por citar algunas

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



Cabe agregar que, en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer.

En conclusión, las listas de elegibles generan un derecho adquirido a los elegibles que ocupan las primeras posiciones y por lo tanto deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron.

Por el contrario, a los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron una posición meritosa les asiste una expectativa frente a la utilización de las listas de elegibles para la provisión de dicho empleo. (Sentencia T 455 de 2000 y C de Estado Rad 2013 – 00563-02 del 21 de abril de 2014 por listar algunas)

Lo anterior, conlleva a concluir que la actuación de nombramiento demandaba el cumplimiento de ciertos términos para su procedencia y para el caso del demandante, en atención al lugar ocupado en la lista definitiva de elegibles, es pertinente manifestar que su nombramiento tuvo lugar dentro del término establecido en la referida convocatoria No. 004-2008 del concurso de méritos del área administrativa y financiera del año 2008.

Se concluye entonces que, con el nombramiento en periodo de prueba del 12 de julio de 2017, no se produjo daño antijurídico al demandante por las siguientes razones. 1.- El demandante se encontraba ante una mera expectativa dependiendo de: a) Se nombrarán los concursantes que ocuparon las posiciones en la lista de elegibles en igual número de cargos convocados b.) Que se produjera una vacante en los cargos convocados, bien por que alguno de ellos no aceptara el nombramiento, o bien por que se hubieran revocado alguno de ellos por no cumplir con los requisitos. c) Que establecida la vacante se prosiguiera en orden de elegibilidad, esto es desde el concursante 162 hasta llegar a la posición del demandante – 217- d) O que por la movilidad en la lista de elegibles, superara los umbrales de calificación exigidos y lo ubicara en una posición de mérito que le permitiera acceder al cargo de carrera que aspiraba. e.) que todo ello ocurriera en vigencia de la lista de elegibles que es de dos años. Todo ello con sujeción a la ley y a los reglamentos expedido para el concurso en comento.

De modo que se constata que para la fecha en que adquirió firmeza la lista de elegibles de la convocatoria 004 de 2008 no hubo cumplimiento de las condiciones que le hubieran permitido al demandante albergar la expectativa legítima de ser nombrado en propiedad por el hecho de ocupar una posición en lista de elegibles; razón por la cual no es posible predicar la existencia de un daño antijurídico como quiera que JUAN MANUEL CORTES tenía una mera expectativa, que no goza de protección en el ordenamiento jurídico, por cuanto no puede repararse como si se hubiera perdido un derecho, pues nunca se ha tenido.

En todo caso, el demandante fue materialmente nombrado y posesionado en el cargo para el cual aplicó en la convocatoria objeto de debate el 12 de Julio de 2017 antes de que perdiera vigencia el registro de elegibles, con lo cual la entidad cumplió con su deber adelantando las actuaciones de su competencia sin que el demandante hubiera promovido alguna actuación en su favor.

Conforme a lo anterior, como no se logró demostrar el daño antijurídico, se desvirtúa el primer elemento constitutivo de la responsabilidad frente a la Nación – Fiscalía General de la Nación.

5.3.- FALTA DE CONDICIONES PARA LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO.

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



Tanto de los hechos de la demanda como de las pretensiones que le subyace fueron impetrados sobre la base de una falla del servicio por una supuesta actuación retardataria e injustificada de la entidad demandada que conllevó al nombramiento hacia el 12 de julio de 2017.

De acuerdo con lo anterior, para implicar la responsabilidad del Estado es necesarios comprender que la administración desatendió los términos previstos, más exactamente, el plazo razonable, noción que, como se verá, exige un examen contextualizado de las circunstancias propias de cada caso.

En este orden de ideas, tampoco se acreditó que el incumplimiento de esa obligación fuera la causa del daño alegado por la demandante, de las pocas pruebas aportadas al expediente, se evidencia que la convocatoria 004 de 2008 – grupo 3 sufrió varias alteraciones en cumplimiento de varias órdenes judiciales, en la cuales dispuso a actualizar el listado de Elegibles, para lo cual se expedieron 12 acuerdos que terminaron posicionando al demandante en la posición 217, siempre por fuera del umbral de cargos a proveer.

Así las cosas, al resaltarse que mi representada – Fiscalía General de la Nación, cumplió con los lineamientos legales que regulaba el Concurso de méritos del 2008 y nombró en periodo de prueba a la demandante para el 12/07/2015 de acuerdo con una estricta metodología que buscaba adelantar estos procesos en un plazo razonable, obró en cumplimiento de su deber legal conforme al marco jurídico de la Ley 938 de 2004, en consideración a que la Entidad conto con un término de dos (2) años a partir de la publicación de la lista de elegibles para realizar los nombramientos, la cual estuvo vigente hasta el 13 de julio de 2017, termino éste durante el cual se nombró al demandante y por tanto esta EXIMIDA de responsabilidad.

En conclusión, se resalta que la Fiscalía General de la Nación ha actuado de manera diligente nombrando y posesionando a la demandante, según las normas y leyes vigentes, imperante para el momento del concurso de méritos del 2008, en estricto orden de elegibilidad y de acuerdo con la metodología planteada para el efecto y por ende deberán denegarse las pretensiones de la demandante.

5.4.- DEBER DE MITIGAR EL RIESGO

En este punto resulta importante poner de presente lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina ha expuesto acerca del deber de mitigar el daño:

El consejo de estado ha sostenido que:

“En efecto, si está en manos del interesado evitar el daño es su deber hacerlo, pues de lo contrario incurre en una actitud negligente, de desidia frente a sus propios deberes, lo cual le impide trasladar a la administración las consecuencias desfavorables de ello y perseguir, entonces, la obtención de una ventaja o provecho económico, con cargo al patrimonio de aquella, pues tal comportamiento no solo resulta contrario a la buena fe, principio superior por el cual se deben regir todas las relaciones entre el Estado y los administrados, sino que también contraría el principio de derecho según el cual nadie puede sacar provecho de su propia desidia.”⁶

Así mismo, la doctora Lilian C. San Martín Neira, en su obra ‘La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño’, dice:

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia proferida el 14 de julio de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. radicación N.º 76001-23-31-000-2006-01742-01 (41.491).

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



‘Una vez que el hecho lesivo se ha producido, la actitud de la víctima puede influir de dos maneras en la extensión de la responsabilidad: en primer lugar, mediante una agravación con conductas positivas (en este caso los juristas hablan de further damages), lo cual puede dar lugar a una interrupción del nexo causal entre el hecho lesivo y el ulterior daño, o actuar como concausa del mismo (en cuyo caso se aplican las reglas de la contributory negligence), si bien este último caso es considerado como una hipótesis poco frecuente. La otra manera en que la actitud de la víctima puede influir en la extensión de la responsabilidad es mediante la mera omisión. En efecto, es plenamente aceptado que el perjudicado ‘no está autorizado para cruzarse de brazos y padecer los daños que hubiera podido evitar mediante esfuerzos razonables...’ (5 Original de la cita: “Publicado por la Universidad Externado de Colombia, 2012, págs. 235 y 236”.

Bajo esta perspectiva es necesario plantearnos porque, tratándose de un concurso público, el demandante/concursante no estuvo pendiente de las comunicaciones de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, cuando en la inscripción se informaron los medios y la manera como la entidad daba aviso de las fechas a tener en cuenta en el proceso, para hacer oportuna reclamación a la entidad, si es que había considerado como vulnerados sus derechos sobre la aplicación de los requisitos para obtener el acceso al cargo para el cual había participado, porque si estando tan segura que la norma incumplida, como lo reseña en los hechos de la demanda, no elevó la petición a tiempo para que se produjera su nombramiento de manera inmediata, si a ello tenía derecho.

Razón por la cual, y aun si en gracia de discusión admitiéramos que la FGN se apartó de lo previsto por el artículo 40 del Decreto ley 020 de 2014, como lo manifiesta la demandante, no significaba que la demandante podía permanecer impávida durante todo ese tiempo y hasta su nombramiento, es más hasta el momento en que presenta esta acción contenciosa.

En virtud del deber de mitigar el daño, le correspondía a la demandante demostrar en el proceso que llevó a cabo acciones tendientes a minimizar los efectos negativos de que la Fiscalía no la nombrara oportunamente. Lo único que se acreditó en el expediente fue que aceptó su nombramiento y fue posesionada en pedido de prueba sin que manifestara inconformidad alguna, con lo cual su pretensión no guarda relación con la supuesta necesidad de indemnizar el daño.

En suma, el demandante faltó a su deber de adoptar todas las medidas razonables a fin de mitigar los daños consecuentes, lo cual nos lleva a concluir que incurrió en una actitud negligente, al no reclamar por su nombramiento oportunamente, omisión que contribuyó al daño que reclama. Por este motivo, debe decirse que no evitó, con justa causa, la mitigación del daño por el cual demanda indemnización y que le impide reclamar cualquier parte de los daños que sean producto de su dejación en adoptar dichas medidas.

5.6.- COBRO DE LO NO DEBIDO Y ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

De conformidad con los argumentos de los puntos anteriores, debe mencionarse en adición de los mismos, lo contenido en:

- El Decreto 1647 de 1967, en su artículo 1° establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.

A su vez el artículo 2° ibidem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



- Circular Externa 029 del 20 de noviembre de 2014, expedida por el Contralor General de la República, recuerda a los funcionarios públicos *“que la ausencia de prestación personal del servicio para el cual están vinculados por el Estado, no puede generar el reconocimiento de acreencias laborales y prestacionales, durante el lapso respectivo. (...) En los anteriores términos, resulta improcedente reconocer y pagar salarios por servicios no prestados efectivamente a la entidad, pues ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento del patrimonio público de la administración pública.”*

Finalmente, con la presente demanda de reparación directa más que obtener una indemnización por una falla de la FGN, lo que pretende la accionante es lograr el pago de los salarios y prestaciones sociales desde la fecha en que según su interpretación no fue nombrada. Situación que no puede ser aceptada por cuanto ello atentaría contra la naturaleza indemnizatoria de la acción de reparación directa, pues tratándose de relaciones laborales sin importar si se trata del sector público o privado, la regla es la misma, para que haya una remuneración, debe haber una prestación directa del servicio. Luego entonces si no hay una prestación del servicio por sustracción de materia, tampoco hay lugar a pagar salario alguno.

Así entonces, acceder a las pretensiones de esta demanda implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento del patrimonio público de la administración pública.

5.7.- GENÉRICA

La que se encuentre probada de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

VI. PRUEBAS

Adjunto al presente escrito:

No.	DOCUMENTO	No. Folios
1	Respuesta con Radicado SACCE-30700- del 21 de febrero de 2020, donde se reseña el antecedente de participación de la demandante en las convocatorias abiertas por la entidad para el 2008.	7
2	2.1. Convocatoria no. 004 2.2. Requisitos de estudio para la convocatoria en que participó la demandante	1 2
3	3.1.- Resolución de nombramiento en PP 3.2.- Acta de posesión en PP 3.3.- Resolución Nombramiento 3.4.- Acta de posesión en Propiedad 3.5.- Inscripción en carrera	76 1 77 1 4
4	Respuesta D. de petición información y documentación como prueba dentro del proceso demandante JOSE MANUEL CORTES	12
5	Acuerdo No. 079 de 7 de julio de 2017 que fijó la el registro de elegible para la convocatoria no. 004 – grupo 3 donde participó el demandante y se le nombró, vigente al momento de la vacante	78

Lo anterior, para que sirvan de fundamento probatorio respecto a la inexistencia del daño antijurídico; sino que en el caso ha operado el fenómeno jurídico de la Caducidad.

VII.- PETICIÓN

Con base en los argumentos de defensa expuestos, solicito a su Señoría despachar

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: JOSE MANUEL CORTES
EXPEDIENTE: 2019-0343
JL 41790



desfavorablemente las pretensiones de la presente demanda, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

Para lo cual, con todo respecto solicito tomar en consideración *la posición que su H Despacho acogió en un fallo de las mismas connotaciones que el presente, para denegar las pretensiones de la demanda. Radicado 2017-00343- Demandante Élide Elizabeth Sarasty Mayorga - Accionado Nación - Fiscalía General de la Nación Sentencia No. 2019-0175RD - Tema Demora en el nombramiento.*

En términos generales, las actuaciones administrativas adelantadas para el nombramiento de la demandante consultaron los propósitos previstos en la reglamentación aplicable, en el sentido de utilizar el registro de elegibles al momento de presentarse la vacante y el nombramiento se hará en estricto orden ascendente si el aspirante no ocupó una posición preferente dentro del número de cargos convocados vigente en ese momento y no desde el momento en que se hace pública la lista de elegibles.

VIII. ANEXOS

Anexo poder para actuar y anexos.

- i.- Copia cédula de ciudadanía y T.P.
- ii) Acta de nombramiento y delegación de funciones de quien otorga el poder
- iii) Lo anunciado en el capítulo de pruebas.

IX. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Piso 3 del Edificio C, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación.

Así mismo solicito a este Despacho se sirva tener los correos electrónicos jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.

Del señor Juez,

Cordialmente

OLGA LUCIA RUIZ MORA
 C.C. No. 51.866.451 de Bogotá
 T.P. No. 62.906 del Consejo Superior de la Judicatura
olga.ruizm@fiscalia.gov.co