



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA DE DECISIÓN No. 4**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**12 NOV. 2019**

<b>DEMANDANTE:</b>	<b>FLOR ÁNGELA GUTIÉRREZ AVELLA Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN</b>
<b>REFERENCIA:</b>	<b>152383333752201500075-01</b>
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>TEMA:</b>	<b>MODIFICACIÓN EN EL CARÁCTER DE VINCULACIÓN</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</b>

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida el 13 de marzo de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. DEMANDA**

**1.1. Declaraciones y condenas (fl. 2)**

Los señores FLOR ÁNGELA GUTIÉRREZ AVELLA, HÉCTOR BASTIDAS BARAJAS, NICOLÁS DAVID BASTIDAS GUTIÉRREZ Y LAURA DANIELA BASTIDAS GUTIÉRREZ, representados legalmente por HÉCTOR BASTIDAS, LUIS ALFONSO GUTIÉRREZ VARGAS Y BERNARDA LEONOR AVELLA DE GUTIÉRREZ, por intermedio de apoderado judicial, instauraron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación - Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 0424 del 18 de marzo de 2014.

A título de restablecimiento del derecho, que se mantenga incólume el contenido de la Resolución No. 0-1266 del 11 de mayo de 2011, y por tanto, se reconozcan y paguen los perjuicios materiales y morales ocasionados a partir de la vulneración de sus derechos.

**1.2. Fundamentos fácticos (fls. 3-4)**

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

a) Señaló que la señora Flor Gutiérrez, de conformidad con la convocatoria No. 003-2007 concursó para varios cargos ofertados por la Fiscalía General de la Nación, entre ellos, para Fiscal Delegado ante juzgados Especializados.

b) Sostuvo que fue incluida en el registro de elegibles mediante acuerdo 007 de 24 de noviembre de 2008 ocupando el puesto 95 de los 298 cargos convocados a concurso.

c) Dijo, que mediante Resolución No. 0-5642 del 29 de diciembre de 2009, se efectuó su nombramiento en periodo de prueba en la planta global de la Fiscalía, en el cargo de Fiscal Delegado ante juzgados especializados, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Pasto; sin embargo, no aceptó su nombramiento por fuerza mayor comprobada, solicitando su permanecía en el registro de elegibles.

d) Que la Fiscalía sin estudiar la circunstancia de fuerza mayor presentada, la retiró del registro de elegibles, señalándole que debía esperar el proceso de nombramiento en periodo de prueba, ante lo cual esperó sin ningún resultado, lo que conllevó a que se solicitara por derecho de petición el 21 de mayo de 2010, pronunciamiento sobre la solicitud de permanecer en el registro de elegibles.

e) Expuso que interpuso acción de tutela, pues la Fiscalía pretendía someterla a una nueva espera para poder obtener una respuesta a su petición, razón por la que mediante sentencia del 28 de julio de 2010, le fueron tutelados sus derechos, ordenándole a la entidad que resolviera de fondo sobre su exclusión o permanencia en el registro de elegibles.

f) En cumplimiento del fallo, sostuvo que la entidad respondió el 18 de agosto de 2010, decidiendo favorablemente sobre su permanencia en la lista de elegibles, reactivando su condición y ubicándola en el puesto 95, sin que se procediera conforme el trámite pertinente, es decir, nombrándola en forma preferente, y la ubicó en el registro de las personas que no clasificaron para los cargos convocados, vulnerando su derecho, pues por razones imputables a la entidad se hicieron más de 300 nombramientos sin respetar su mejor derecho.

g) Afirmó que tan solo mediante resolución No. 0-2958 del 16 de diciembre de 2010, fue nombrada en periodo de prueba en la Unidad Nacional para la extinción del Derecho de Dominio y Contra el lavado de activos, con una calificación de 91.

h) Luego, que mediante Resolución No. 0-1266 del 11 de mayo de 2011, se le nombró en propiedad en la planta global de la Fiscalía General de la Nación y mediante resolución No. 0-0866 del 13 de septiembre de 2011, fue catalogada en el Registro Único de Inscripciones de Carrera RUIC, en la planta global de la Fiscalía General de la Nación en la Unidad Nacional de Fiscalía contra los delitos de Desaparición y Desplazamiento forzados, sede Santa Rosa de Viterbo.

i) Como consecuencia de lo anterior, fue calificada en los periodos 2012, 2013 y 2014 con puntajes superiores.

j) Sin embargo, que el 26 de mayo de 2011, la Corte Constitucional profirió sentencia SU -446 de 2011, en el que en esencia resolvió sobre algunos nombramientos de personas que no se encontraban en el registro de elegibles para los cargos ofertados en el concurso de la Fiscalía General de la Nación, pero que la entidad utilizó para revocar su nombramiento en propiedad y considerando su vinculación en provisionalidad, pese a que la misma no le puede ser aplicable a la señora Gutiérrez, pues cumplió a cabalidad con todas las exigencias del concurso y por tanto, no puede ser modificada su vinculación.

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

**Constitucionales:** artículos 125 y 241 de la Constitución Política de Colombia.

**Legales:** El artículo 48 de la Ley 270 de 1996, la Ley 1437 de 2011, artículos 10, 72, 43, artículo 160 del CCA, sentencia de unificación SU 446 de 2011, SU 917 de 2010, SU 1995 de 2013, SU 799 de 2013, y CGP.

Con auto del 20 de abril de 2017, se admitió la reforma de la demanda, relacionada con la inclusión de hechos que relatan que el acto emitido por la entidad, no fue susceptible de recurso y que a la actora no se le ha permitido participar en concursos de ascenso por no estar registrada en la lista de elegibles.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 388-408))**

La entidad presentó escrito de contestación, pero lo hizo de manera extemporánea.

### 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante sentencia proferida el 13 de marzo de 2018, resolvió (fls. 638-646):

**"PRIMERO.-** DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la RESOLUCIÓN NO. 0424 DEL 18 DE MARZO DE 2014, proferida por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la cual se modifica el carácter de vinculación de unos servidores, en cumplimiento a lo señalado por la sentencia SU -466 de 2011, en lo que afecta a la demandante FLOR ÁNGELA GUTIÉRREZ AVELLA.

**SEGUNDO:-** Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la demandada se restituya el derecho a la actora, dejando incólume las Resoluciones Nos- 0-1266 del 11 de mayo de 2011 a través de la cual se nombró en propiedad a la accionante y 0866 del 13 de septiembre de 2011 mediante la cual se ordenó la inscripción en el REGISTRO ÚNICO DE INSCRIPCIÓN DE CARRERA de la señora FLOR ÁNGELA GUTIÉRREZ AVELLA como FISCAL DELEGADA ANTE JUECES ESPECIALIZADOS de la UNIDAD NACIONAL DE FISCALÍAS CONTRA LOS DELITOS DE DESAPARICIÓN Y DESPLAZAMIENTO FORZADO CON SEDE EN SANTA ROSA DE VITERBO.

**TERCERO.-** Condenar a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a pagar a los demandantes la suma de dinero que a continuación se relacionan por concepto de perjuicios:

- a. MATERIALES – DAÑO EMERGENTE: CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCO PESOS (\$ 14.442.905
- b. MORALES: El equivalente a DIEZ SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (10 SMLMV)

**CUARTO:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

(...)"

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia determinó como problema jurídico a resolver, si era nulo el acto administrativo que modificó el nombramiento en propiedad efectuado a una persona en un empleo público, convirtiéndolo en un nombramiento en provisionalidad, presuntamente para dar cumplimiento a una sentencia de unificación de la H. Corte Constitucional?

Luego de analizar el material probatorio, se refirió puntualmente a la sentencia SU 446 de 2011, en la que se estableció que había un grupo de personas que habían participado en dos o más de seis convocatorias efectuadas por la Fiscalía General de la Nación y que aunque quedaron en el registro de elegibles, la entidad no las nombró porque el puesto que

ocuparon excedía el número de plazas ofertadas, alegando que en la entidad, había un número suficiente de cargos iguales a los que fueron objeto de concurso, y que eran desempeñados por empleados en provisionalidad o que están vacantes, razón por la que consideraron que tenían derecho a ser nombrados.

Frente a lo expuesto, el *a quo* consideró que la situación de la actora era distinta, pues estaba demostrado que la señora Flor Ángela había superado todas las etapas del concurso y estando nombrada en propiedad, se le modificó su vinculación a provisional, indicándole que para la fecha en que fue designada, la lista de elegibles que se conformó para proveer el empleo de Fiscal Delegado antes Jueces Especializado ya había fenecido, pese a que la sentencia SU 446 de 2011 no es aplicable a la actora, pues aun cuando participó en la convocatoria de 2007, la decisión allí adoptada no se hace extensible, haciendo concretar una falsa motivación.

Aunado a lo anterior, anunció el fallo que la decisión contenida en la Resolución 00424 del 18 de marzo de 2014, que modificó el carácter de vinculación de la actora e implicó tácitamente una revocatoria de los actos proferidos con posterioridad, sin contar con la aquiescencia del particular afectado, desconociendo lo estipulado en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 y en consecuencia, que se configuró la causal de nulidad a que se refiere el inciso segundo del artículo 137 *ibídem*.

En cuanto a la indemnización de perjuicios, sostuvo el *a quo* que está acreditado que la demandante canceló la suma de \$12.000.000 por concepto de honorarios para lograr la revocatoria de la Resolución 0424 de 2014 y asesoría para presentar la solicitud de conciliación prejudicial, sin que este fuera tachado de falso, y por lo tanto, ameritaba su reconocimiento actualizado.

Y en cuanto a los perjuicios morales, para acreditarlos se escucharon los testimonios decretados, quienes al unísono afirmaron la angustia y congoja padecida de la señora Flor Ángela Gutiérrez, entre otras razones, porque había renunciado al cargo de propiedad que tenía como juez de la república y que la modificación de su vinculación a provisional, le implicaba una inestabilidad laboral que le podría generar perjuicios económicos, más aun teniendo en cuenta que sus hijos estaban próximos a ingresar a la universidad. Por lo anterior, la sentencia de primera instancia, consideró estar acreditado el perjuicio moral, concediéndole a la señora Flor Ángela Gutiérrez, el equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

#### 4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fls. 657-668)

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte accionada, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente:

**i) De la procedencia y legalidad de la resolución que modificó el carácter de la vinculación de propiedad a provisional.**

Luego de hacer un recuento de la situación fáctica que dio origen a la Resolución 00424 del 18 de marzo de 2014, en el que se precisó que deviene de la sentencia SU-446 de 2011, concluyó que con ocasión al concurso de méritos convocado para proveer cargos en la Fiscalía General de la Nación en el año 2007, las personas que fueron nombradas excediendo el número de plazas convocadas o habiendo perdido vigencia el Registro Definitivo de Elegibles, esto es, con posterioridad al 24 de noviembre de 2010, se entendían con vinculación en provisionalidad, siendo el caso de la demandante quien fue nombrada el 16 de diciembre de 2010, fecha en la que ya había perdido vigencia el registro definitivo de elegibles.

Lo anterior, fue sustentado con el concepto emitido por la Dirección Jurídica de la entidad el 24 de mayo de 2013, bajo el radicado 20131500007973, que determinó que en cumplimiento y ejecución de la sentencia SU 446 de 2011, no era posible profesar derechos de carrera a las personas que, como en el presente caso, fueron nombrados en la Fiscalía excediendo el número de plazas convocadas o habiendo perdido vigencia el registro definitivo de elegibles.

Concluyó que la Resolución 0-0424 del 18 de marzo de 2014 da cumplimiento a la orden judicial emitida por la Corte Constitucional en la sentencia SU -446 de 2011, en razón a que el nombramiento efectuado a la señora Flor Ángela Gutiérrez en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados se entiende en provisionalidad, y en ningún momento, se está revocando acto administrativo alguno, pues dicha actuación debe entenderse de mera ejecución en los términos del artículo 75 del CPACA, es decir, que no es cierto, como lo dice el *a quo*, que el acto administrativo adolece de motivación, como quiera que está amparada la decisión en dicha sentencia de unificación, y que la demandante debió aceptar el nombramiento realizado en término y solicitar la prórroga para la posesión o atacar la resolución de revocatoria del nombramiento que fue la que afectó su derecho a ser nombrada en propiedad una vez superado el periodo de prueba, como en efecto se hizo pero fuera de la vigencia de la lista de elegibles.

**ii) Cumplimiento de la sentencia SU-446 de 2011 proferida por la H. Corte Constitucional.**

Indicó que con la sentencia SU-446 de 2011 se resolvió la disyuntiva jurisprudencial en la que se encontraba la Fiscalía General de la Nación respecto de los nombramientos de los aspirantes que hacían parte del registro definitivo de elegibles frente a la convocatoria 001 a 006 de 2007 para cargos en el área de Fiscalía, es decir, se manifestó sobre las plazas convocadas y el tiempo que se tenía para proveerlas.

Como quiera que la Fiscalía había nombrado en totalidad los cargos convocados a concurso de méritos, y continuó haciendo nombramientos conforme a la movilidad de las listas de elegibles por las diferentes situaciones que se fueron presentando, se definió por la sentencia precitada que no se podía realizar más nombramientos porque las listas habían perdido vigencia y para el caso de la señora Flor Ángela Gutiérrez, ello ocurrió, pues su nombramiento en periodo de prueba según la resolución 0-2958 de 2011, se efectuó fuera de la vigencia del registro definitivo de elegibles.

**iii) Conclusión frente al cumplimiento del fallo sentencia SU-446 de 2011.**

Arguyó que la Fiscalía no vulneró los derechos de la señora Flor Ángela Gutiérrez, toda vez que la entidad en cumplimiento de las reglas del concurso de méritos del área de Fiscalía del año 2007, mediante la resolución 0-5642 del 29 de diciembre de 2009 nombró en periodo de prueba a la actora, no obstante dicho nombramiento fue revocado en aplicación del artículo 158 de la resolución No. 1501 de 2005 por la no aceptación de la misma.

No obstante, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera – CNAC- dio cumplimiento al fallo de tutela decidiendo favorablemente sobre la permanencia de la actora en el registro definitivo de elegibles en el puesto No. 95.

Empero, que la modificación del carácter del nombramiento de propiedad a provisionalidad efectuado fue en cumplimiento y ejecución a la sentencia SU 446 de 2011.

**iv) Objeción respecto a los perjuicios reconocidos.**

Del daño emergente, adujo que las sumas pactadas por asesoría jurídica no puede ser reconocida, como quiera que hay desconocimiento de los

criterios para su tasación, como lo son las reglas señaladas por la Corte Constitucional, para determinar si el abogado cobró honorarios desproporcionados, y entonces, la certificación expedida por la abogada no es suficiente prueba que dé fe y prueba de las sumas socorridas por la accionante.

Del daño moral, hizo énfasis en que las solas manifestaciones no son indemnizables, y por tanto, la prueba testimonial recaudada no es suficiente para acreditarlo, pues era necesario un análisis psicológico para inferirlo.

## **5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 21 de mayo de 2018 (fl. 675) y fue admitido por esta Corporación a través de proveído del 14 de junio de 2018 (fl. 681). Posteriormente, por medio de auto del 28 de junio de 2018, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4º del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 685).

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **6.1. Parte demandante**

Guardó silencio.

### **6.2. Parte demandada (fl. 687-705)**

Se reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

### **6.3. Ministerio público**

Guardó silencio.

## **II. CONSIDERACIONES**

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama.

## 1. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, corresponde a esta Sala establecer si: *Debe mantenerse la legalidad del acto administrativo expedido por la Fiscalía General de la Nación que modificó el carácter de vinculación de la señora Flor Ángela Gutierrez de propiedad a provisional, en cumplimiento de la sentencia SU - 466 de 2011?*

## 2. CUESTIÓN PREVIA. LIMITES DEL A QUEM

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad-quem* en lo que respecta a la apelación. Para el efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P. por remisión expresa del CPACA, que consagra:

**“Artículo 320. Fines de la apelación.**

*El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión.*

*(...)”*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el o los recurrentes se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que *“las pretensiones del*

*recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'*"<sup>1</sup>.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Vale la pena traer a colación lo expuesto por Consejo de Estado<sup>2</sup> sobre el tema, lo cual, si bien en esa oportunidad atendió las disposiciones del CPC, es aplicable para este caso, pues se mantiene el mismo espíritu de las normas pertinentes del CGP. Para el efecto se sostuvo:

*"...En efecto, la Sala, mediante providencia del 9 de febrero de 2012, unificó su jurisprudencia en relación con la competencia del juez de segunda instancia, en el entendido de precisar que esta se encuentra limitada por las referencias conceptuales y argumentativas aducidas por los apelantes en contra de la decisión adoptada en primera instancia, sin perjuicio de las circunstancias susceptibles de ser declaradas de manera oficiosa<sup>3</sup>."*

Bajo tales apreciaciones, queda claro en atención a que en el *sub júdice* el fallo fue impugnado por la parte demandada, la competencia de la Sala se circunscribe a la revisión de la materia del recurso, de todo aquello que le sea conexo y que se encuentre dentro de su giro normal, así como de lo indispensable para resolverlo.

Dentro del anterior contexto, se advierte que la demanda fue interpuesta por el núcleo familiar de la señora Flor Ángela Gutiérrez, sin embargo, en las consideraciones del fallo de primera instancia se observa que en el acápite de perjuicios morales tan solo le fue reconocido un equivalente de 10 smlmv a la señora Flor Ángela Gutiérrez, entendiéndose por tanto, que

---

<sup>1</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E), Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 17001-23-31-000-2011-00368-01(49083)

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, radicación 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

le fue negado a los demás miembros demandado, sin que amerite pronunciamiento sobre dicho aspecto en esta instancia, como quiera que no se interpuso recurso de apelación al respecto.

### 3. RESOLUCIÓN DE FONDO

Para resolver lo anterior, la Sala analizará: **i)** lo ordenado en la sentencia SU -446 /2011, **ii)** Actos administrativos enjuiciables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y **el iii)** Caso concreto.

Para el efecto, se desarrolla así:

#### **i) Lo ordenado en la sentencia SU -446 /2011**

En la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional analizó el alcance del registro de elegibles que profirió la Fiscalía General de la Nación para las seis convocatorias abiertas en el año 2007, identificando para ello, la presencia de dos grupos de accionantes:

**El primero**, donde se hallaran quienes participaron en una o dos de las seis convocatorias que abrió la Fiscalía General de la Nación en el año 2007 y aunque superaron el concurso, **por el puesto que ocuparon** en el registro de elegibles y que excedía el número de plazas a proveer según los términos de cada una de ella, no fueron nombrados.

**El segundo**, estaban quienes desempeñaban un cargo en la Fiscalía en provisionalidad y **i)** no participaron en ninguna de las convocatorias, o **ii)** participaron, pero no alcanzaron el puntaje mínimo, o **iii)** se encontraban en la lista de elegibles en un puesto que excedía el número de plazas convocadas, razón por la cual no fueron nombrados. Estos accionantes, fueron desvinculados y reemplazados por personas que superaron el concurso o cobijados por una decisión judicial, pero consideraban que tenían derecho a permanecer en sus cargos provisionalmente porque: **a)** tenían una condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, por ejemplo, porque se hallaba en situación de discapacidad; o **b)** la entidad debía formular unos criterios objetivos en virtud del principio de igualdad para seleccionar a los provisionales que serían desvinculados.

La Corte Constitucional efectuó al respecto un análisis del alcance y la obligatoriedad de las reglas del concurso que realizó la Fiscalía General de la Nación y luego sobre la naturaleza, alcance y fuerza vinculante del registro de elegibles que se elaboró. Hecho esto, encontró:

.-. Que el uso del registro o lista de elegibles se imponía sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registrara la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se tratara de las plazas ofertadas en el respectivo concurso.

.-. Que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en cada una de las seis convocatorias que efectuó en 2007, porque: **i)** la decisión inicial del legislador de eliminar plazas **determinó** el número de las que se podían ofertar; **ii)** la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar **iii)** ni el legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles debería ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número de los convocados.

.-. Que la Fiscalía General de la Nación debía cumplir estrictamente con los términos de las convocatorias y, en cumplimiento de la regla constitucional del artículo 125, le correspondía llamar a un nuevo concurso para llenar todas aquellas plazas que por decisión del legislador extraordinario no fueron suprimidas como aquellas que posteriormente se crearon.

.-. Que la Fiscalía General de la Nación proveyó los cargos objeto de concurso con el registro de elegibles, Acuerdo 007 de 2008 y sus actos aclaratorios, y ese acto administrativo cumplió su razón de ser y por ende se agotó. Que su uso sólo era posible si se hubiese presentado una situación administrativa en relación con los empleos ofertados, que hiciera necesaria su activación, por ejemplo, la vacancia por renuncia, muerte, edad de retiro forzoso, sanción disciplinaria o penal, así como la no aceptación del empleo ni la posesión en los términos legales.

.-. Que aquellos concursantes que estaban en el registro de elegibles **por fuera del rango de los cargos ofertados sólo les asistían una expectativa legítima a ser nombrados en el evento de una vacante en esas plazas, siempre y cuando la lista estuviera vigente.**

.-. Que las personas que ingresaron al registro de elegibles por virtud de los Acuerdos 007 de 2008, 02 de 30 de diciembre de 2009 y 01 del 19 de enero de 2010, tenían el derecho a ser nombrada en período de prueba **si se encontraban en el rango de las plazas convocadas, hasta el 24 de noviembre de 2010,** fecha en que perdió fuerza ejecutoria dicho acto administrativo.

Como consecuencia de su análisis, ordenó, entre otros:

- La revocatoria de la decisión de la Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia.
- Señaló una medida expresa **frente a los nombramientos realizados con posterioridad a la vigencia de la lista y fuera del rango de las plazas convocadas**, como consecuencia lógica porque las personas nombradas en las plazas que no fueron ofertadas carecen de un título legítimo para aducir derechos propios de la carrera, tales como la permanencia, la estabilidad, el ascenso, etc.
- Precisó que los concursantes que fueron nombrados con fundamento en la orden que profirió la Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, no pueden alegar un derecho adquirido a permanecer en la carrera de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto su acceso tuvo como sustento la decisión judicial que ahora se revoca y que, en consecuencia, hace que las medidas que se basaron en ella queden sin soporte jurídico, razón por la que se ordenó a la Fiscal General de la Nación que todos los servidores designados en la entidad con fundamento o como consecuencia de la orden de tutela que se deja sin efecto, permanezcan en los cargos en los que fueron nombrados **pero bajo el entendido de que su vinculación es de carácter provisional y no de carrera**, puesto que el puesto que ocuparon en la lista de elegibles no les daba el derecho a acceder a ella, por cuanto la lista de elegibles se **agotó** cuando los cargos ofertados fueron provistos.
- Teniendo en cuenta los efectos de la decisión y el número de nombramientos efectuados, la sentencia tuvo efectos **inter comunis**, para que cobijara no solo a quienes interpusieron las tutelas cuya decisión se revocó, sino a todos aquellos que se encontraran en situaciones jurídicas análogas a las que dieron origen a este fallo, como una forma de proteger el derecho a la igualdad. En ese sentido, **todas** las personas nombradas en la Fiscalía General de la Nación con desconocimiento de la regla del concurso relativa al número de cargos a proveer, quedarán obligadas por esta decisión y no podrán alegar los derechos propios de la carrera de la Fiscalía.
- Que las personas que ingresaron al registro de elegibles por virtud de los Acuerdos 007 de 2008, 02 de 30 de diciembre de 2009 y 01 del 19 de enero de 2010, tenían el derecho a ser nombrada en período de prueba si se encontraban en el rango

de las plazas convocadas, **hasta el 24 de noviembre de 2010**, fecha en que perdió fuerza ejecutoria dicho acto administrativo.

## **ii) Actos administrativos enjuiciables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

Conforme lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>4</sup>, el acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la Constitución Política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. En otros términos, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares.

En esa medida, la teoría del acto administrativo ha venido decantando la clasificación de estos con la finalidad de delimitar los que deben ser objeto de control jurisdiccional, en tal sentido ha explicado que, desde el punto de vista de su inserción en el procedimiento y recurribilidad<sup>5</sup>, hay tres tipos de actos a saber:

1) **Los actos preparatorios, accesorios o de trámite:** Han sido definidos como aquellos que se expiden como parte del procedimiento administrativo con el fin de darle curso a este, es decir, son netamente instrumentales ya que no encierran declaraciones de la voluntad, no crean relaciones jurídicas y solo sirven de impulso a la continuidad de la actuación de la administración<sup>6</sup>.

2) **Los actos definitivos:** De conformidad con el artículo 43 del CPACA "Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación". Es decir, son los que resuelven de fondo una situación jurídica o impiden la continuación del procedimiento administrativo, en razón a que contienen la esencia del tema a decidir y tienen la potestad para modificar la realidad con su

---

<sup>4</sup> Marco conceptual tomado de CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-04806-01(2616-16)

<sup>5</sup> José Antonio García – Trevijano Fos. *Los actos administrativos*. Segunda Edición 1991. Editorial CIVITAS S. A. Madrid España. Pág. 191. El autor clasifica los actos administrativos de acuerdo a su inserción en el procedimiento administrativo y recurribilidad, en la cual establece: «El procedimiento administrativo no es más que una concatenación de actos que tienden a un resultado final. De aquí se deduce, sin ninguna violencia interpretativa, que existen dos tipos de actos: unos, la mayor parte, que sirven para el resultado final, y otros que suponen propiamente, la finalización. Actos de procedimiento o de trámite significan la misma cosa. Acto final o resolución son, también, términos equivalentes.»

<sup>6</sup> *Ibidem*

contenido.

3) **Los actos administrativos de ejecución**, por su parte son aquellos que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa.

Es así que en reiteradas oportunidades se ha sostenido que por regla general son los actos definitivos los únicos que son susceptibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que a través de estos la administración crea, modifica o extingue situaciones jurídicas a los asociados.

A pesar de lo anterior, excepcionalmente los actos de ejecución pueden ser objeto de control judicial en los siguientes casos<sup>7</sup>:

*[...] cuando [e]stos i) se apartan de la decisión judicial, ii) se abstienen de dar cumplimiento a la misma, iii) se introducen modificaciones sustanciales al acto administrativo o a la sentencia judicial que se pretenda ejecutar y/o iv) se presentan circunstancias que afectan la competencia de la entidad demandada o condenada. Lo anterior por cuanto en el caso de presentarse cualquiera de los eventos atrás enumerados, se altera, adiciona, modifica o suprime la voluntad real de la administración de justicia y se genera una nueva situación jurídica para el administrado, susceptible de control de legalidad.*

De conformidad con lo expuesto, los actos administrativos de ejecución solo serán enjuiciables cuando estos se aparten, no cumplan, modifiquen o den un alcance diferente a lo decidido por la autoridad administrativa o judicial. Ello es así porque al pronunciarse sobre aspectos no contenidos en estas decisiones se crea, modifica o extingue una situación jurídica particular, aspecto que lo convierte en un acto administrativo susceptible de control ante esta jurisdicción<sup>8</sup>.

Por consiguiente, si los actos administrativos que ejecutan decisiones judiciales o administrativas no se encuentran inmersos en algunas de las excepciones desarrolladas en el aparte jurisprudencial transcrito, estos no serán susceptibles de control de legalidad por vía judicial.

---

7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Radicación: 41001-23-33-000-2012-00137-01(4594-13), Actor: Universidad Surcolombiana, Demandado: Yulieth Penagos Leyva. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), Bogotá D. C., 6 de agosto de 2015.

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Expediente: 05001-23-33-000-2014-01713-01. Número interno: 2831-2015. Demandante: Melanio Moreno Cuesta. Demandado: Departamento de Antioquia y Contraloría General de Antioquia. Magistrado ponente William Hernández Gómez. Bogotá D.C. 8 de marzo de 2018.

### **.-. El acto administrativo acusado de nulidad.**

La parte recurrente sostuvo que el acto administrativo acusado de nulidad es de mera ejecución. Se refiere a ello, fundamentándose en que dicho acto fue proferido en virtud de la sentencia emitida por la Corte Constitucional, y por lo tanto, atiende el cumplimiento de lo dispuesto de manera automática.

Al respecto, para la Sala contrario a lo expuesto por la entidad demandada, dicho acto administrativo no puede ser catalogado como acto de ejecución, en lo que concierne a la situación de la actora, por las razones que pasan a exponerse.

La sentencia SU -446 de 2011 analizó la presunta vulneración de derechos fundamentales de dos tipos de accionantes plenamente identificados, a propósito de la acumulación de expedientes, por encontrar similitud en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en las acciones de tutela interpuestas; de manera que se resolvió con efectos *inter partes* el derecho de cada uno de ellos.

Además de lo expuesto, la sentencia dispuso que la decisión adoptada, tendría efectos *inter comunis*, toda vez que debía cobijar no solo a quienes interpusieron las tutelas, **sino a todos aquellos que se encontraran en situaciones jurídicas análogas** a las que dieron origen a dicho fallo, como una forma de proteger el derecho a la igualdad.

Entonces, oportuno es precisar que quedó como obligación para las autoridad pública involucrada, es decir, de la Fiscalía General de la Nación, cumplir en ejecución la orden específica para quienes interpusieron directamente la acción de tutela, pero también debía verificar su aplicación a quienes presuntamente se les extendían los efectos *inter comunis*, debiendo a través de un raciocinio de la parte resolutive o de la *ratio decidendi*, definir si la decisión era o no aplicable a éste.

Así, puede ocurrir que la administración aplique a un asunto específico determinada sentencia que no corresponde, o que otorgue un alcance distinto a los efectos jurídicos de esta, o que se equivoque en sus efectos en el tiempo, o que aplique una parte de la providencia que no corresponde a la resolutive o a la *ratio decidendi* etc.

Visto desde esta perspectiva, para la Sala es claro que el acto administrativo, Resolución 0424 de 2014, es demandable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya que si bien se alega por

la entidad que se surtió por la aplicación de la sentencia de tutela, aquella no se limitó a cumplir una orden específica que inmiscuyera directamente a la señora Flor Ángela Gutiérrez, pues no fue accionante dentro de la acción de tutela, sino por el contrario, expidió el acto haciendo extensible los efectos *inter comunis*, modificando sustancialmente la situación jurídica de la actora, respecto al carácter de su vinculación laboral con la entidad, que lo hacen susceptible de control judicial.

Actuar en contrario, sería negar el acceso a la administración de justicia a los ciudadanos bajo la óptica de que los actos administrativos emitidos en aplicación de una sentencia en este caso de tutela, constituyen actos de ejecución, y significaría una flagrante vulneración del debido proceso de estos y específicamente del derecho de defensa que les asiste ante las actuaciones de las autoridades administrativas.

Sobre el asunto, vale la pena traer a colación, un pronunciamiento del Consejo de Estado, donde estudio la calidad de actos administrativos expedidos por autoridades públicas, en cumplimiento de una sentencia de constitucionalidad, pero donde también, se dieron órdenes específicas o parámetros para que se materializara lo dispuesto, tal y como sucede en el asunto que ahora se analiza:

*“... puede suceder que en algunas providencias de constitucionalidad, como es el caso de la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional además de estudiar la exequibilidad de una norma de modo general, **emita órdenes específicas a ciertas autoridades<sup>9</sup> para su materialización.***

*En estos eventos, es claro que se presenta una situación excepcional, toda vez que además de los efectos erga omnes propios de esta clase de providencias, la Corte le otorga otros de tipo particular y concreto, traducidos en el mandato dado a la entidad respectiva para que realice una determinada actuación que afecta derechos particulares.*

*No obstante, para la Sala ello tampoco da lugar a aseverar que los actos administrativos emitidos en cumplimiento de la orden excepcional referida sean actos de ejecución y que la demanda pueda ser rechazada conforme el ordinal 3.º del artículo 169 el CPACA, puesto que para poder descifrar si tal supuesto es así, se requiere de un estudio detallado de la situación particular del directamente afectado en el que se miren puntos como los siguientes:*

*i) Si el acto administrativo lo expidió la autoridad competente. Puede acontecer que, pese a que la providencia sí se aplica a la situación, el acto administrativo que la materializó fue expedido por un funcionario sin competencia legal para ello, proceder que vicia su validez.*

---

<sup>9</sup> Verbigracia la orden impartida a las entidades administradoras de pensiones para que efectúen el ajuste del monto de las pensiones al tope establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

*ii) Si la providencia era aplicable a su caso. En las providencias de constitucionalidad la Corte puede fijar diversos efectos jurídicos y temporales, que necesariamente no se aplican en cada caso regido por la norma objeto de control. Verbigracia, los topes pensionales fijados en la C-258 de 2013 no rigen la situación de los pensionados bajo el régimen pensional especial del Decreto 546 de 1971<sup>10</sup>.*

*iii) Si en el acto administrativo se modificaron aspectos sustanciales de la decisión.*

*iv) Si no se acató un determinado procedimiento ordenado por la Corte que diera lugar a la vulneración del debido proceso, punto que de desconocerse daría lugar a una expedición irregular del acto<sup>11</sup>. Por ejemplo, en la C-258 de 2013, se fijaron determinados procedimientos para el ajuste, reliquidación o revocatoria de las pensiones reconocidas con fundamento en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992<sup>12</sup>.*

*v) Si la entidad se extralimitó en la interpretación de la sentencia."*

En esa oportunidad, se concluyó que el carácter del acto administrativo tan solo se puede deducirse en la sentencia, cuando es "...producto del examen juicioso de parte del juez del concepto de violación de la demanda, de todos los elementos jurídicos y probatorios aportados, del contenido y alcance de la sentencia que se aplica y no del simple cotejo del acto administrativo con la providencia, puesto que, puede ocurrir que esta no le sea aplicable."

Fuerza concluir entonces, que aun cuando en la sentencia de tutela se establecieron unos parámetros para quienes se les extendía los efectos *inter comunis*, su aplicación no puede ir en detrimento del debido proceso que le asiste a toda persona y del derecho de controvertir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la validez del acto administrativo que afirma aplicarla. Se itera, aceptar un criterio contrario implicaría la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia y el debido proceso, razón suficiente para descartar desde ya el argumento utilizado en el recurso para considerar que el acto acusado no era objeto de control judicial.

---

<sup>10</sup> Posición asumida en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Radicación: 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-14). Actor: Gladys Agudelo Ordóñez. Demandado: administradora colombiana de pensiones - Colpensiones - Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E). Bogotá, D.C. 12 de septiembre de 2014.

<sup>11</sup> El artículo 137 del CPACA lo encasilla dentro de la causal de nulidad de expedición del acto «en forma irregular», vicio que se materializa si en la formación y expedición de este se quebrantó el procedimiento que legamente se fijó para ello, al ser este una garantía tanto para la administración como para los asociados al evitar la existencia de arbitrariedades en el trámite y permitir la materialización del debido proceso. Ver sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación: 11001032500020160118900 (5266-2016). Actor: Clara Cecilia López Barragán. Demando: Comisión Nacional del Servicio Civil y Secretaria Distrital de Hacienda. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C. 29 de marzo de 2017.

<sup>12</sup> Ver mapa conceptual en el acápite 2.1.2. de esta providencia.

### iii) Caso concreto

#### 1. Del material probatorio:

En el *sub examine* se encuentra probado lo siguiente:

En virtud de los resultados del concurso público de méritos, mediante Acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008, se expidió y publicó el registro definitivo de elegibles para proveer los cargos ofertados en la convocatoria 003-2007. Como consecuencia de lo anterior, se efectuaron unos nombramientos en periodo de prueba en la planta global de la entidad a través de la Resolución No. 5642 del 29 de diciembre de 2009 (fl. 100-101), entre ellos, los registros Nos 92 a 100, incluyendo a la señora Flor Ángela Gutiérrez Avella, quien ocupaba el registro No. 95, siendo direccionada dentro de la planta global, en la seccional de Fiscalías de la ciudad de Pasto.

Dicha resolución fue notificada el 18 de febrero de 2010 (fl. 103), razón por la cual el 4 de marzo de 2010, estando en oportunidad para pronunciarse, la señora Flor Ángela Gutiérrez manifestó su "NO ACEPTACIÓN", por circunstancias de fuerza mayor, aportando para el efecto, un diagnóstico médico (fl. 102).

Como respuesta de lo anterior, la Fiscalía General de la Nación a través de oficio emitido el 29 de marzo de 2010, le manifestó que ante la no aceptación del cargo, se expediría un acto administrativo revocando el nombramiento en periodo de prueba; y en cuanto a la permanencia en el registro de elegibles, le indicó que conforme el procedimiento aprobado por la Comisión Nacional, para dar aplicación al contenido del artículo 25 del Acuerdo 001 de 2006, y en aras de garantizar el debido proceso, el Comité se reuniría para evaluar y estudiar la situación decidiendo sobre la continuidad o no en el registro de elegibles, pero que este solo se haría, una vez se culminara el proceso de nombramientos en periodo de prueba, respecto de los cargos que fueron ofertados (fl. 108-109).

A su turno, el 21 de mayo de 2010, la actora elevó nueva petición para reiterar el pronunciamiento de la Comisión, respecto al derecho solicitado de permanecer en el registro definitivo de elegibles (fl. 110-111), obteniendo respuesta el 16 de junio de 2010, en donde le indicaron que mediante resolución No. 0-0559 del 15 de marzo de 2010 (fl. 128-130), le había sido revocado el nombramiento en periodo de prueba, y en cuanto a la permanencia de la lista de elegibles, se le replicó la respuesta anterior, y adicionalmente, se le informó que las convocatorias No. 001 a

006 aún no habían finalizado, pues se encontraba en trámite el nombramiento de las personas que aun cuando estaban por fuera del rango del número de cargos ofertados, y debido a las revocatorias de nombramiento que se venía produciendo, **habían adquirido su derecho a ser nombrados en periodo de prueba** (fl. 113-114).

A través de acción de tutela, la señora Flor Ángela Gutiérrez, solicitó se le protegieran sus derechos relacionados con la omisión de la Fiscalía General de la Nación para resolver la petición de mantenerse en la lista de elegibles, razón por la cual el 28 de julio de 2010, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, amparó los derecho invocados y ordenó que la Fiscalía General de la Nación y la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, decidiera de fondo sobre la exclusión o permanencia de la accionante en el registro de elegibles.

El fundamento de la decisión, vale la pena mencionarlo, lo fue bajo el señalamiento que no se le había resuelto de fondo la petición de la participante, en la medida que al declinar el nombramiento realizado en la ciudad de Pasto, ella justificó la misma por una fuerza mayor, que no fue analizada por la Comisión respectiva en oportunidad, quedando en el limbo jurídico su situación, porque no sabía si había sido excluida porque no se había evaluado su situación de fuerza mayor, pero tampoco se le había nombrado en otra plaza vacante de la misma categoría, quedando en una indefinición y sometida a la espera del agotamiento de la lista, para volver a ser considerada, siendo esto violatorio de sus derechos, pues en los peor de los casos, haría ilusorio el derecho, ya que teniendo un puntaje superior, al superar su fuerza mayor, resultaría designada luego de personas con puntajes inferiores, o ya no encontrando vacantes por haberse agotado la lista.

En cumplimiento de lo anterior, la Fiscalía General de la Nación, a través del coordinador del Grupo de Carrera, mediante oficio del **18 de agosto de 2011**, le informó a la señora Flor Ángela Gutiérrez, que la Comisión Nacional, tras analizar las circunstancias fácticas que rodearon la no aceptación al cargo, se reactivaba su condición de elegible en el puesto 95, como inicialmente fue ubicada en el Acuerdo 007 de 2008 (fl. 94).

Sin embargo, tan solo con la Resolución 0-2958 del 16 de diciembre de 2010, la entidad, efectuó unos nombramientos en periodo de prueba, conforme el Acuerdo 003 del 19 de noviembre de 2010, modificado parcialmente por el Acuerdo 004 del 1 de diciembre de 2010, en virtud de fallos de tutela, que ordenaron actualizar el registro de elegibles, dando como consecuencia, el nombramiento en periodo de prueba y en el orden de mérito a quienes ocuparon los puestos allí relacionado, entre los

que se encuentra, la señora Flor Ángela Gutiérrez, en el número de registro definitivo de elegibles 95, y otros que ya se ubicaban en los registros Nos. 442 a 452 (fl. 54-58).

Por medio de la Resolución No. 1266 del 11 de mayo de 2011, se consideró que la señora Flor Ángela Gutiérrez Avella había sido nombrada en periodo de prueba el 1 de febrero de 2011, en atención al estricto orden descendente de mérito dentro del registro definitivo de elegibles, y como quiera que obtuvo calificación satisfactoria en el mismo, se procedía a nombrarla en PROPIEDAD en la planta global de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados en la Unidad Nacional para la extinción del derecho de dominio y contra el lavado de activos (fl. 46), surtiéndose la posesión el 7 de junio del mismo año (fl. 40).

A través de la Resolución N. 0866 de 2011, la Fiscalía General de la Nación, ordenó la inscripción en el registro único de inscripciones en Carrera – RUIIC- de conformidad con la planta global de la entidad, a FLOR ANGELA GUTIERREZ AVELLA, por haber sido nombrada en propiedad y posesionada en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados en la Unidad Nacional de Fiscalía contra la Desaparición el Desplazamiento Forzado – Santa Rosa de Viterbo (en virtud de un traslado solicitado y aceptado por la entidad) (fl. 32-33).

No obstante lo anterior, mediante Resolución No. 00424 del 18 de marzo de 2014 *"Por medio de la cual se modifica el carácter de la vinculación de sus servidores en cumplimiento de lo señalado por la Sentencia SU -446 de 2011"*, la Fiscalía General de la Nación consideró que el alcance de dicho proveído, conllevaba implícitamente el hecho de que sin importar la causa que generó las designaciones que se realizaron con posterioridad a la fecha de expiración del registro de elegibles, estas carecen del efecto jurídico que a este tipo de actuaciones ofrecía el concurso público de méritos; siendo así, concretó que esas designaciones no podían profesar derecho de carrera, y por tanto, modificó el carácter del nombramiento en propiedad efectuado entre otros a FLOR ANGELA GUTIERREZ AVELLA, en el sentido de indicar que su nombramiento en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Especializados se entienda en PROVISIONALIDAD (fl. 25-29), dejando como consecuencia sin efectos los actos de nombramiento y posesión en propiedad.

## 2. Del análisis de la Sala

### 2.1. Revocatoria Directa

Con fundamento en el análisis surtido en precedencia sobre la naturaleza del acto administrativo y conforme el material que milita en el expediente, infiere la Sala, que contrario a lo señalado por la entidad recurrente, con la expedición del acto administrativo acusado de nulidad, sí se surte una modificación en la situación jurídica del titular del derecho, estando sustancialmente afectada.

Por consiguiente, para esta Corporación, **la Resolución 0-0424 del 18 de marzo de 2014**, sí modificó una situación jurídica particular de la actora, configurándose la revocatoria directa por no existir el consentimiento expreso, previo y escrito del titular del derecho, tal y como lo definió el *a quo*.

Cabe reiterar que los actos administrativos se constituyen en la expresión unilateral de la voluntad de la Administración, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales de carácter abstracto e impersonal y de carácter particular y concreto respecto de una o varias personas determinadas o determinables<sup>13</sup>.

Tanto los actos administrativos generales y abstractos como los particulares y concretos, pueden ser sustraídos del mundo jurídico por cuenta de las mismas autoridades administrativas que los profirieron, bien sea de oficio o a solicitud de parte, cuando como expresamente lo ordena el artículo 93 del CPACA<sup>14</sup>: sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o la ley; no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él; o si con ellos se causa agravio injustificado a una persona.

Ahora bien, cuando la Administración pretende revocar directamente el acto particular y concreto que emitió, es necesario tener presente que dicha facultad encuentra límite en lo dispuesto por el artículo 97 del CPACA<sup>3</sup>, según el cual *“Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de*

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-050 de 2 de febrero de 2017. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>14</sup> Artículo 93 «Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; 2) Cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él; 3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona». Esta disposición fue reproducida en el artículo 93 del cpaca.

**igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular."**

Lo anterior hace concluir tal y como lo ha considerado el Consejo de Estado<sup>15</sup> y reiteradamente lo ha señalado la Corte Constitucional<sup>16</sup>, que cuando la Administración sin el consentimiento del titular revoca directamente el acto administrativo de contenido particular y concreto, que creó o modificó situaciones jurídicas y/o reconoció derechos de igual categoría, **está desconociendo el principio del debido proceso**, porque *"La decisión unilateral del ente público toma de sorpresa al afectado, introduce un pernicioso factor de inseguridad y desconfianza en la actividad administrativa, quebranta el principio de la buena fe y delata indebido aprovechamiento del poder que ejerce, sobre la base de la debilidad del administrado"*<sup>17</sup>

Lo anterior, hace memorar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que, la prohibición de revocar estos actos también encuentra justificación en los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y respeto de los derechos adquiridos, que no solo avalan el principio de intangibilidad de los derechos subjetivos reconocidos por la administración por medio de un acto administrativo<sup>18</sup> sino que además fortalecen la relación entre los particulares y la Administración<sup>19</sup>.

Así surge evidente, que el consentimiento del titular del derecho en el *sub lite*, no existió y por tanto, la entidad demandada al emitir la Resolución 0-0424 de 2014 sustrajo los derechos de la demandante, infringiendo el debido proceso consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, siendo ésta una razón suficiente para mantener la declaratoria de nulidad del acto, conforme lo dispuso el fallo de primera instancia.

---

<sup>15</sup> tomado de Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso – Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Rad. No.: 25000 23 25 000 1997 44333 01 (1300-2003):Consejo de Estado, sentencias de 21 de septiembre de 1990, radicado 4400; 6 de septiembre de 1997, magistrado ponente Manuel Santiago Urueta Ayola, radicado 12907; 16 de febrero de 2001 magistrado ponente Ricardo Hoyos Duque.

<sup>16</sup> Al respecto se pueden consultar entre otras sentencias recientes las siguientes: Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2010, magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez; T-949 de 2010, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla; T-477 de 2011, magistrada ponente María Victoria Calle Correa; T-008 de 2012, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla; T-234 de 2015, magistrada ponente (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia T-246 de 1993, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencias T-347 de 1994, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell y T-355 de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencia T-435 de 1998, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

## 2.2. Falsa motivación

Como ya se anunció en precedencia, la H. Corte Constitucional resolvió a través de la sentencia SU 446 de 2011 la disyuntiva presentada dentro del marco del concurso público de mérito realizado por la Fiscalía General de la Nación; es decir, su propósito fue analizar el concurso que efectuó la Fiscalía General de la Nación, así como su régimen jurídico, para establecer si el mencionado registro de elegibles se podía utilizar para proveer las vacantes que registraba la entidad en plazas que no fueron ofertadas, como quiera que se esbozaron tesis opuestas de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre la utilización del Acuerdo 007 de 2008, mediante el cual se expidió el registro definitivo de elegibles.

Dentro del anterior contexto, fue que la Fiscalía General de la Nación procedió a emitir la Resolución 00424 del 18 de marzo de 2014, "en cumplimiento de lo señalado por la sentencia SU-446 de 2011"; sin embargo, para esta instancia, los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, para que le fuera extendido a los participantes del concurso de mérito, no le son aplicables a la situación fáctica de la actora, razón por la que no se puede afirmar que se esté ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico, circunstancia que se advierte, echó de menos la entidad accionada.

Nótese que habiendo quedado en firme el Acuerdo 007 de 2008, el 24 de noviembre de 2008, la entidad tenía la obligación de hacer los nombramientos en los términos fijados en las convocatorias, lo que efectivamente empezó a cumplirse hasta un año después de la ejecutoria del mencionado acto administrativo.

Así con la Resolución 0-5642 del 29 de diciembre de 2009, nombró en periodo de prueba a la señora Flor Ángela Gutiérrez, quien haciendo uso los términos establecidos y del marco jurídico implementado dentro del concurso de mérito, declinó su nombramiento, justificando el mismo, pero a su vez, solicitando se le mantuviera en la lista de elegible.

Si se identifica su fundamentación, se tendrá que mencionar que el Acuerdo 0001 de 2006, dispuso en su artículo 25, que:

*"... Retiro del registro de elegibles. La persona que figure en el Registro de Elegibles será excluido del mismo por:*

...

*No aceptar el nombramiento en el cargo para el cual concursó, salvo circunstancias de fuerza mayor comprobada y previamente evaluada por la Comisión Nacional de Administración de la carrera..."*

Lo anterior, para entender que aplicada la norma transcrita, es claro que un participante no puede ser excluido de la lista sin que previamente se haya evaluado las circunstancias de fuerza mayor alegadas.

Así, para la primera situación, se expidió la Resolución 0-559 del 15 de marzo de 2010, por medio del cual se revocó el nombramiento realizado por no aceptar el nombramiento (fl. 128), empero, respecto a la segunda solicitud, tan solo fue resuelta en virtud de una orden judicial en sede de tutela, que amparó el derecho de petición y por tanto, la Comisión Nacional de carrera, el 18 de agosto de 2010, le notificó que se había reactivado su condición de elegibilidad en el puesto que originalmente estaba ubicada, es decir, en el puesto 95, siendo evidente que ya corrían más de 5 meses sin una respuesta de fondo y que a la par se surtía el nombramiento de los demás elegibles de la lista.

Ahora bien, pese a estar nuevamente incluida en la lista de elegibles, la actora se vio avocada a elevar nueva petición el 19 de noviembre de 2010 (fl. 73), porque luego de casi tres meses y corriendo el término de vigencia de la lista, no se realizaba actuación alguna en su beneficio, lo que vino a ocurrir tan solo, el 16 de diciembre de 2010, con la Resolución 0-2958, en donde se destacó que el nombramiento se hacía en el orden de mérito, detallando que para ese momento, la señora Flor Ángela Gutiérrez, se ubicaba con mejor derecho, porque tenía el registro de elegibles No. 95, pese a que ya se había agotado la lista hasta llegar a los elegibles ubicados en los puestos 442 a 446.

En esa medida, los parámetros establecidos por la Corte Constitucional no le podían ser aplicables a la actora, como quiera la decisión judicial tuvo como origen en:

- La situación jurídica de quienes participaron en la convocatorias que abrió la Fiscalía en el año 2007 y **"aunque superaron el concurso, por el puesto que ocuparon en el registro de elegibles y que excedía el número de plazas a proveer según los términos de cada una de ella, no fueron nombrados"**,
- La situación jurídica de quienes **"desempeñaban un cargo en la Fiscalía en provisionalidad y i) no participaron en ninguna de las convocatorias, o ii) participaron, pero no alcanzaron el puntaje mínimo, o iii) se encontraban en la lista de elegibles en un puesto que excedía el número de plazas convocadas, razón por la cual no fueron nombrados. Estos accionantes, que**

*fueron desvinculados y reemplazados por personas que superaron el concurso o cobijados por una decisión judicial, consideran que tienen derecho a permanecer en sus cargos provisionalmente porque: **a)** tienen una condición especial que obliga a que se les brinde un trato preferente, por ejemplo, porque se hallan en situación de discapacidad; o **b)** la entidad ha debido formular unos criterios objetivos en virtud del principio de igualdad para seleccionar a los provisionales que serían desvinculados".*

- Las situaciones jurídicas análogas a las anteriores, como una forma de proteger el derecho a la igualdad.

En consecuencia, es evidente que la actora, no estuvo por fuera de los rangos de las plazas a proveer, como quiera que ocupó el puesto dentro de la lista de elegibles No. 95, y según el Acuerdo 003 -2007, los cargos ofertados fueron 298; por ende, salta de bulto, que no estuvo tampoco dentro del segundo grupo de situaciones jurídicas analizadas, ni se le podía extender por analogía.

Entonces, la entidad debía prever la especial situación fáctica de la actora al momento de cumplir con la sentencia de la Corte Constitucional, pues la mora en el nombramiento fuera de la vigencia de la lista de elegibles que feneció el 24 de noviembre de 2010, y fuera del rango de cargos ofertados, no puede ser atribuible a la participante, pues la misma estuvo en una indefinición jurídica, por el agotamiento de un trámite inadecuado impuesto por la demandada, pues debía esperar a que surtieran todos los nombramientos a sabiendas que presuntamente habían más de 400 elegibles, cuando lo correcto, era que se resolviera su petición de mantenerse en la lista en tiempo razonable, y que como consecuencia, pudiera ser incluida conforme la prelación que le correspondiera dentro de la lista de elegibles.

Lo anterior, también lo entendió la sentencia de tutela, que le protegió el derecho de petición y debido proceso, al considerar que se habían dado respuestas evasivas, o que dejaron en suspenso la definición de lo que se pedía, y por tanto, que era necesario conocer de fondo la suerte de su solicitud, que le permitiría en igualdad de condiciones la designación según la prelación que correspondía al puntaje obtenido, a un cargo dentro del rango ofertado y en vigencia de la lista de elegibles.

Así pues, no se puede desconocer que la actora tenía el derecho a ser nombrada en el cargo de Fiscal delegado ante jueces especializados, pues fueron ofertadas 298 plazas (fl. 359) y ocupó el puesto 95.

En ese orden, la Fiscalía no podía de manera automática modificar el carácter del nombramiento en propiedad efectuado a la señora Flor Ángela Gutierrez, para indicar que su nombramiento se entendía en provisionalidad, pues erradamente aplicó la sentencia de la Corte Constitucional cuando le era vedado aplicarla, pues este era un evento distinto a los allí analizados. Todo lo anterior conlleva a concluir que el cargo de falsa motivación también se encuentra debidamente acreditado, tal y como lo advirtió el juez de primera instancia.

### **2.3. Indemnizaciones reconocidas**

El artículo 138 del CPACA estatuye que dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se podrá pretender además de la nulidad del acto administrativo que presuntamente lesiona sus derechos subjetivos, que se restablezca el derecho o se repare el daño causado.

Así las cosas, en el escrito introductorio, se solicitó como restablecimiento del derecho, el reconocimiento de perjuicios materiales a título de daño emergente, consistente en i) gastos de salud, ii) gastos por pago de asesoría jurídica a profesionales en derecho, iii) gastos de preparación para el examen y traslados, para un total de \$ 18.703.333, y morales, en cuantía de 3000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para todos los demandantes.

El fallo de primera instancia encontró acreditado por concepto de daño emergente, la suma de \$ 12.000.000 que corresponden a los honorarios cancelados por la asesoría jurídica dentro del proceso, y por tanto, así fueron reconocidos, más su actualización.

También consideró acreditado el perjuicio moral padecido por la señora Flor Ángela Gutiérrez, establecimiento un monto equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Frente a dichos reconocimientos, el recurrente asegura que ninguno de ellos está debidamente acreditado, y por tanto, solicitó que se debe revocar su reconocimiento.

Al respecto, la Sala observa:

## **.-. Del daño emergente. Gastos de honorarios**

Tratándose del reconocimiento del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales del abogado, el Consejo de Estado<sup>20</sup>, ya se ha pronunciado, razón por la cual se trae *in externo*, de la siguiente manera:

*"... esta Sección ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales<sup>21</sup> y, en su defecto, las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios<sup>22</sup>.*

*Sin embargo, debe recordarse que el artículo 615 del Estatuto Tributario dispone que las **personas que ejercen profesionales liberales**, es decir, profesiones en las cuales "... **predomina el ejercicio del intelecto**, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico"<sup>23</sup>, **están obligadas** a "... **expedir factura o documento equivalente**, y conservar copia de la misma **por cada una de las operaciones que realicen**, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales".*

*En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el **derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente** (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto<sup>24</sup>); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.*

*Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad, **cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales** cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el*

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019), Radicación: 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

<sup>21</sup> Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2018, expediente: 46.666

<sup>22</sup> Entre otras, sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente: 41.861

<sup>23</sup> Tomado de [www.ccb.org.co](http://www.ccb.org.co)

<sup>24</sup> "ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA: Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:

"a. Estar denominada expresamente como factura de venta.

"b. Apellidos y nombre o razón (sic) y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.

"c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.

"d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.

"e. Fecha de su expedición.

"f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.

"g. Valor total de la operación.

"h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.

"i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas".

pago deberá aportar: i) **la prueba de la real prestación de los servicios del abogado** y ii) **la respectiva factura** o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y **la prueba de su pago**, de suerte **que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida** por concepto de este perjuicio.

Ahora, si se prueba la prestación de los servicios por parte del abogado y se aportan tanto la factura como la prueba de su pago, pero no coinciden los valores expresados en ambos, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores.

*En todo caso, dada la naturaleza cierta y personal de este tipo de perjuicio, la indemnización por concepto del daño emergente por pago de honorarios profesionales sólo se reconocerá en favor del demandante que lo pida como pretensión indemnizatoria de la demanda, quien, además, deberá acreditar idóneamente, conforme a lo dicho en precedencia, que, en efecto, fue quien realizó el pago."*

Dentro del anterior contexto jurisprudencial, en el *sub lite*, para acreditar el perjuicio de daño emergente, por pago de honorarios profesionales, se aportó a folios 380 a 381, dos certificados suscritos por la abogada Yaneth Pérez Serna, aduciendo haber recibido de la señor Flor Ángela Gutiérrez, la suma de \$ 6.000.000 por concepto de pago de honorarios por asesoría y estudio para realizar el proyecto para solicitar revocatoria directa ante la Fiscalía General de la Nación, tendiente a lograr la revocatoria de la resolución No. 0424 del 18 de marzo de 2014, y una suma igual, de \$6.000.000, por concepto de pago de honorarios para asesoría para realizar audiencia de conciliación extrajudicial con la Fiscalía General de la Nación.

Así entonces, la Sala contrario al análisis surtido en el fallo de primera instancia, no encuentra razón para ese reconocimiento económico, pues no se aportados facturas o documentos equivalentes expedidos por la profesional del derecho, ni la prueba de la prestación del servicio, pues como es sabido, la simple afirmación no es suficiente para acreditarlo.

Fuerza concluir, que deberá revocarse el mencionado daño emergente.

#### **.-. Perjuicios morales.**

Con relación al reconocimiento de perjuicios morales, el *a quo* valoró los testimoniales recepcionados, señalando que son suficientes para determinar la afectación, y por ello, le reconoció a la señora Flor Ángela Gutiérrez, la suma equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Frente a este reconocimiento, el recurrente invocó la necesidad de haber existido un experticio psicológico, que acreditara la afectación moral, desechando los testimonios rendidos y solicitando por consiguiente que se revoque dicho reconocimiento.

Al respecto, vale la pena recordar que el Consejo de Estado<sup>25</sup> ha sido claro al sostener que es el interesado quien debe solicitar y probar la ocurrencia de los daños y perjuicios que se pretenden indemnizar a título de restablecimiento del derecho, para lo cual deberá aportar el material probatorio suficiente para demostrar la existencia de los daños y perjuicios causados conforme lo establecido en el 167 del Código General del Proceso. En ese orden, esta clase de perjuicios únicamente puede ser reconocido cuando la persona demuestre a través de los medios probatorios su ocurrencia, es decir, que no es cierto como lo sostiene el recurrente, que la única prueba válida sea un dictamen pericial de psicología, porque el reconocimiento del pago bien puede acreditarse como se hizo en esta oportunidad a través de los testimonios decretados.

Ahora bien, entendiendo que los perjuicios morales comportan la aflicción, el dolor, la angustia y, en general, padecimientos varios, es necesario que así se concrete en los testimonios. Para el efecto, de manera somera los testigos, manifestaron lo siguiente:

- **Herminia Torres Pérez:**

Indicó que la señora Flor Ángela Gutiérrez, renunció al cargo de juez de la república que desempeñaba en carrera, porque había superado el concurso de mérito de la Fiscalía General de la Nación, que dicho cargo lo desempeñó desde el 2009, pero luego por el pronunciamiento de la Corte Constitucional, le indicaron que su cargo no era en propiedad sino en provisionalidad, lo cual la afectó demasiado, porque perdía la estabilidad laboral de un momento a otro, a pesar de haber pasado el concurso. Que ella manifestaba que no era posible haber renunciado a un cargo de propiedad para pasar a ser provisional. Ella también venía padeciendo de vértigo, y que el estrés la hizo enfermar más. Que pudo percibir el perjuicio emocional, porque tenía zozobra de su situación, que los hijos estaban próximos a terminar el bachillerato y le afanaba la universidad de sus hijos, se le veía muy nerviosa e inclusive estuvo incapacitada. Que siempre hablaba de la angustia que tenía de quedarse sin trabajo, y que fuera su esposo el que tuviera que asumir los costos de la familia. Que le insistía sobre su angustia, porque pensaba que

---

<sup>25</sup> sentencia 21082 del 8 de febrero de 2018

al estar en provisionalidad, en cualquier momento la Fiscalía podía tomar la decisión de su salida.

- **Nubia Esperanza Leal Albarracín:**

La testigo manifestó que la señor Flor Ángela Gutiérrez, se angustió demasiado cuando la Fiscalía tomó la decisión de modificar su vinculación de propiedad a provisionalidad, máxime cuando ya llevaba más de tres años en propiedad. Expuso que conocía de la desesperación con la que vivía la actora, y siempre decía que le afanaba llegar a la oficina porque no sabían con qué le iban a salir y por eso se enfermó, le dio vértigo, estrés, y que cuando sus padres se enteraron, la primera reacción fue señalar que la iban a sacar de la Fiscalía, que lo mismo pensaban sus hijos y ella decía que en cualquier momento podía pasar. Que ella se empezó a enfermar desde que se enteró de la situación de su vinculación, de su indefinición con su cargo.

- **Carmen Ximena Corredor Pérez:**

Expuso que la demandante tenía un cargo en propiedad en un juzgado, al cual renunció por haber superado el concurso de méritos de la Fiscalía, lo cual todos la que lo conocían le habían celebrado, porque iba a tener mejor reconocimiento económico y profesional. Que le consta que ante la situación presentada con la Fiscalía se enfermó, que le dio vértigo y que se presentaron algunos inconvenientes al interior de la familia, por saber que en este momento no tenía ningún cargo en propiedad. Aclaró que el vértigo se le generó por la situación de angustia con la fiscalía, y ella siempre expresaba que era increíble que estuviera muchos años en el juzgado en propiedad, es decir, por mérito, y que luego de haber pasado el concurso de la Fiscalía con buen puntaje, ahora estuviera en la zozobra de la inestabilidad económica y el bienestar de sus hijos. Que siempre notó que la señora Flor Ángela tenía estrés, que siempre tenía dolor de cabeza, tensión muscular y problemas en la familia.

Que le consta que mientras que trabajó con ella, nunca se presentaron situaciones de afectación o de enfermedades, que luego de lo vivido con la Fiscalía siempre manifestó que ella estaba así porque le parecía terrible que no la nombraran en propiedad por una demora en las actuaciones de la Fiscalía, esa siempre era su intranquilidad.

Lo expuesto, hace a la Sala inferir que no está suficientemente acreditada la magnitud o intensidad del perjuicio que pretende le sea reconocido, pues los testimonios emiten hechos circunstanciales. En el *sub lite* si bien puede observarse que la actora tenía intranquilidad, zozobra por los

sucesos del concurso, que pudieron afectar de alguna manera su vida cotidiana, ello no alcanza a la connotación del daño moral, es decir, no le produjo a la demandante un grave sufrimiento o afectación que incidiera seriamente en su espiritualidad, y que por lo tanto, debiera ser susceptible de indemnización.

Dicho de otra manera, no basta con asignar calificativos a los hechos, es necesario demostrar su existencia, y para el caso en cuestión ello no ocurrió; *verbi gracia*, todas las testigos afirmaron que la demandante se enfermó, que empezó a sufrir de vértigo por la situación que acontecía; sin embargo, esas afirmaciones quedaron desvirtuadas, como quiera que en el plenario se acreditó que ese diagnóstico médico – vértigo-, fue el fundamento de la no aceptación del nombramiento en periodo de prueba en la ciudad de Pasto; dicho de otro modo, la actora ya venía con dicho padecimiento, y por tanto, esa afectación no está íntimamente ligada con el cambio de vinculación laboral. Además de ello, no encuentra esta instancia condiciones especial de padecimiento o dolor que amerite del reconocimiento de perjuicio moral alegado.

Vale la pena citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que al respecto ha indicado:

*“... La jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser intensa, no puede ser cualquier tipo de contratiempo.<sup>26</sup> En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales.<sup>27</sup> Pueden probar también*

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01 (17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

<sup>27</sup> Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: ‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’ (fl. 48 C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes transcrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda,

*situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados.*<sup>28</sup>

*7.2.1.7. Visto lo anterior, puede decirse que cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no ex ante y de forma general.*"<sup>29</sup>

Dentro del anterior contexto, no está suficiente acreditado el perjuicio moral, y por tanto, se revocará la determinación adoptada al respecto por el fallo de primera instancia.

### **3. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

De acuerdo con lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada debido a que, resultó parcialmente próspera la alzada, y no fueron generados gastos en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto."

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: "Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso."

<sup>29</sup> Sentencia T-212/12

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida el 13 de marzo de 2018, por el Juzgado Segundo administrativo del Circuito Judicial de Duitama en cuanto declaró la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 0424 de 2014, **excepto, el artículo tercero de la parte resolutive**, que se revoca conforme lo expuesto en precedencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** Notificada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**JOSE ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado

  
**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

  
**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
FE. 000000  
NOTIFICACIONES  
No. 193 del 19 de mayo de 2019  
EL SECRETARIO

**HOJA DE FIRMAS**

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Rad. No. 152383333752201500075-01  
Demandante: Flor Ángela Gutiérrez Avella  
Demandado: Fiscalía General de la Nación