



DE APROBACIÓN CONTINUA

R3998 12-MAR-20A 16:03

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

Señores

**JUZGADO TREINTA Y OCHO (38) ADMINISTRATIVO ORAL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCION TERCERA
Dr. ASDRUBAL CORREDOR VILLATE
E.S.D.**

Expediente:	11001 33 36 038 2019 00262 00
Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante:	PABLO FRANCISCO PEÑARANDA CONTRERAS
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 11/12/2019. 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, sujetándose 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 la demandante respecto de las convocatorias adelantadas por la FGN y, concretamente de la convocatoria 011 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.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Diagonal 22B No. 52-01 BLOQUE C PISO 3, BOGOTÁ D.C Código Postal 111321
CONMUTADOR: 570 2000 - 414 9000 EXTS. 2152-2153
www.fiscalia.gov.co





ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

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 la 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 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 la demandante, en relación con los hechos, se consideran **COMO CIERTOS** los siguientes:

- ✓ Que el demandante participó en la Convocatorias No. 011 de 2008 para el empleo SECRETARIO ADMINISTRATIVO I.
- ✓ Que el demandante fue nombrado en su orden de elegibilidad mediante Resolución No. 0-2431 del 12 de Julio de 2017 respecto de la convocatoria 011 – grupo 2, conforme a la lista de legibles definitiva publicada mediante acuerdo No. 036 del 12 de julio de 2015. Y posesionado mediante acta no. 0088 del 08 de agosto 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 011 – 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 011 de 2008 para la cual se ofertó una vacante.

El demandante participo en la convocatoria 011 olvidándose señalar que lo hizo respecto del grupo 001 donde se ofertaron 157 cargos y el ocupo la posición 243

- ✓ Que el nombramiento del demandante efectuado el 12 de julio de 2017 se constituye como retardo injustificado, dado que, por la posición alcanzada, debía esperar a que se efectuarán los nombramientos de los primeros 157 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 de la demandante, cual fue la 243.



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

- ✓ 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 ubicó fuera del umbral de cargos ofertados.
- ✓ Que, como el nombramiento, no se efectuó en ese periodo, se hace acreedora 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.

II.- A LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS

Manifiesto mi oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de PABLO FRANCISCO PEÑARANDA CONTRERAS, **quien** pretende la reparación de perjuicios causados por el retardo injustificado de su nombramiento en periodo de prueba pese al haber superado el concurso de méritos que adelantó la entidad en el 2008, concretamente la convocatoria 011 - G 1 - SECRETARIO ADMINISTRATIVO I y ocupar en la lista de elegibles para este cargo el puesto No. 243

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 28 de la convocatoria 011 - G 1 según en el registro de elegibles definitivo conformado mediante Acuerdo No. 013 del 13 de Julio de 2015, es preciso abordar la línea de defensa de la siguiente manera:



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

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 011 – GRUPO 1 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 013 de 2015, 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 de la 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:

"(...) [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



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

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 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
--------------	------------------------	--------------



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

001-2008	Profesional Especializado II	1
002-2008	Profesional Especializado I	88
003-2008	Profesional Universitario III	114
004-2009	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 inexecutable 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

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



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

conformación 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.

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: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

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.

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/convocatoriaadmon2008/convocatoriaadmon2008.asp>, se incluyeron los requisitos de estudios de los empleos ofertados.

2.- Resultados de la convocatoria No 011 de 2008 G. 1 - empleo SECRETARIO I, hoy SECRETARIO ADMINISTRATIVO I, en la que participó el 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 ocupó la demandante, según el grupo en el que participó
1	157	264	243
2	139	141	
3	147	464	
4	15	36	

Fuente: Acuerdo No. 013 de febrero de 2015, modificado por el Acuerdo No. 0036 del 13 de julio de 2015 a través del cual se conformó la Lista Definitiva de Elegibles para la provisión de los cargos convocados a través de la Convocatoria N° 011- 2008 y se publica la Lista de Elegibles definitiva conformada para la provisión de los cargos convocados a través de la referida Convocatoria una vez atendidos los recursos de reposición interpuestos contra los listados definitivos publicados en febrero de 2015 dentro del concurso de méritos del área administrativa y financiera del año 2008

De acuerdo a lo anterior, se concluye que la demandante no alcanzó un puntaje requerido para ocupar una posición meritória en la lista de Elegibles para proveer el empleo de Secretario I, secretario administrativo I de la convocatoria 011 grupo 1, sólo para el existía la necesidad esperar que se generara una vacante durante la vigencia de la precitada lista de elegibles contenida en el acuerdo 036 del 12 de julio de 2015, esto es hasta el 12 de julio de 2017.

Con lo cual el nombramiento efectuado el 12 de julio de 2017 se ajustó a los estándares constitucionales y legales aplicable al concurso de méritos que nos convoca en esta causa.



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

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 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 157 y sólo a partir del momento en que alguna de ellas quedara vacante, bien por que alguno de los concursante 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. 243 que ocupó el 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, tenía mejor derecho sobre las personas que ocuparon los cargos en el número de plazas ofertadas.

A. EXCEPCIONES PREVIAS

De conformidad con el artículo 100 del C.G.P. se proponen como excepciones previas las siguientes:

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 el 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...”**.

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



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

(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 16 de la demanda, la demandante sostiene 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.

Así las cosas, se plantean al honorable Despacho las posibles interpretaciones que apuntan a la caducidad del medio del control así:

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, fecha según la cual debió ser nombrada en periodo de prueba y la entidad omitió hacerlo, el medio de control de Reparación Directa estaría caducado toda vez, que el demandante disponía hasta el 13/08/2017 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 el 12/07/2019 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 Judicial para asuntos administrativos, es decir, el 12/07/2019, ya había operado la caducidad del medio de control de reparación directa.

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

α.1. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO Y AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO.



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

Según lo prescribe el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de sus agentes, bien sea bajo los criterios de falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En los anteriores términos, y como quiera que los hechos se sustentan en la **teoría de la falla en el servicio** por la conducta omisiva imputada a la administración por no atender su nombramiento dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la lista definitiva de elegibles para la convocatoria 011 de 2008 la cual tuvo ocurrencia el 13 de julio de 2015, se hace exigible determinar si la administración desatendió los términos previstos, más exactamente, el plazo razonable, que tenía para nombrar al demandante, noción que, como se verá, exige un examen contextualizado de las circunstancias propias de cada caso.

Sin embargo, lo que parece observarse, es que lejos de la existencia del daño, persiste una confusión de la demandante respecto de:

- i) El derecho que adquieren los elegibles que ocuparon las primeras posiciones de acuerdo con el número de vacantes ofertadas para ser nombrados en los empleos para los que concursaron.
- ii) La mera expectativa de nombramiento para aquellos elegibles que no alcanzaron puntaje para ocupar una posición meritória en el número de plazas ofertadas, hasta tanto se produzca una vacante en alguno de esos cargos.

Así las cosas y como la demandante está en el segundo grupo de los elegibles, su derecho sólo se podía materializar cuando alguna de las plazas se encuentre en alguna situación administrativa que genere una vacante.

De lo anterior, se concluye que no existe manera de identificar la existencia del Daño, ni siquiera en su componente material, por lo siguiente:

- Se tiene certeza que el demandante no ocupó un puesto en la lista de elegibles que ameritara se nombramiento directamente en el cargo para el cual concurso.
- El demandante vio satisfecha su expectativa de ser nombrada en el cargo para el que concurso respetándole su puesto en el registro de elegibles, el 12 de Julio de 2017 antes de que perdiera vigencia el registro de elegibles, lo cual ocurriría el 13/07/2017.

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 meritória en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho de ser nombrado**

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Diagonal 228 No. 52-01 BLOQUE C PISO 3, BOGOTÁ D.C Código Postal 111321
COMUTADOR: 570 2000 - 414 9000 EXT.S.2152-2153
www.fiscalia.gov.co





ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

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.

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 meritatoria 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)

Así las cosas, el que la Fiscalía no haya procedido al nombramiento del demandante como lo pretende no solamente, no implica una falla en el servicio, sino que resulta un imposible jurídico; pues su situación particular no se lo permitía

Las actuaciones asumidas por la entidad específicamente en relación con la demandante y con aquellos que ocuparon puestos o posiciones superiores al número de cargos ofertados y que no alcanzaron a ser nombrados, no afecta ni genera daño; puesto que la entidad no tenía la obligación de utilizar la lista de elegibles más allá de las vacantes ofertadas, y solo podría hacerlo en favor de la demandante una vez naciera su derecho.

Así entonces la obligación de la entidad era proveer los cargos en propiedad en el orden de la lista de elegibles, y solo en la medida en que los primeros 19 de la lista no pudieran acceder al mismo, podría echar mano del registro de elegibles en orden ascendente y hasta llegar al puesto ocupado por la demandante.

Es decir, que las actuaciones asumidas por la FGN específicamente en relación con la demandante, respecto del empleo secretario I, que no alcanzaron a ser nombrados en los cargos específicamente ofertados en dicha CONVOCATORIA, no son generadores de un daño susceptible de resarcir; puesto que la entidad no tenía la obligación de proveer los cargos ofertados más allá del número convocados.

De aceptar la tesis de la demandante es tanto como admitir que dentro de los 20 días hábiles siguientes a la ejecutoria del registro de elegibles conformado por el Acuerdo 013 de 2015 debía haber nombrado a los 157 concursantes



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

que conformaron la lista de elegibles, aun cuando solo se tenía 19 cargos que proveer.

Conclusión

Lo expuesto en líneas atrás se traduce en que mi representada – Fiscalía General de la Nación, cumplió con los lineamientos legales que regulaba el Concurso de méritos del 2008, como lo es la Ley 938 de 2004, realizando los nombramientos derivados del mismo de acuerdo con una estricta metodología que buscaba adelantar estos procesos en un plazo razonable, conforme al registro de elegibles al cual se le dio cumplimiento en **estricto orden de méritos**, proveyendo los cargos vacantes sometidos a concurso bajo el entendido que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso.

En consecuencia, la Fiscalía General, ha obrado en cumplimiento de su deber legal al nombrar y posesionar al demandante conforme al marco jurídico de la Ley 938 de 2004, **en consideración a que la obligación de nombrar al demandante por la posición ocupada en el concurso, solo le permitió nombrarlo cuando se presentara una vacante condicionada al 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, término éste durante el cual se nombró al demandante y por tanto esta EXIMIDA de responsabilidad.**

Se puede concluir, entonces, que, Así las cosas, **puede concluirse que en este caso no se configuran los elementos de un DAÑO ANTIJURÍDICO, pues no está acreditada la ruptura de esa carga pública que la demandante no estaba en el deber jurídico de soportar. Máxime si tenemos en cuenta, que al funcionario se le nombro y posesiono, según el puesto que ocupó en el concurso de méritos dentro del término establecido en la Ley 938 de 2004 – normativa vigente al momento de la convocatoria.**

Conforme a lo anterior, en el caso de estudio **NO** se demuestra que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos a l demandante.

La Fiscalía General de la Nación no podía proceder a efectuar el nombramiento de la demandante de manera inmediata, toda vez que era necesario adelantar el trámite hasta agotar las vacantes ofertadas a través del concurso de méritos del 2008, en estricto orden de elegibilidad y de acuerdo con la metodología planteada para el efecto, en consideración a que la Entidad contaba con un término de dos (2) años a partir de la publicación de la lista de elegibles para realizar los nombramientos, tal y como ocurrió con la demandante.

En este punto, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-446 de 2011 indicó:



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

10

".. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

(...)

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer".

De esta manera, es claro que el supuesto daño causado al demandante por mi representada no se ha demostrado ni se ha concretado pues como se ha indicado varias veces ya, el Régimen de Carrera aplicable para la época del concurso estableció un término diferente a los 2 años para nombrar a los concursantes, tal como lo establecía la vigencia de la Lista Definitiva de elegibles y que los cargos debían ser provistos antes del vencimiento de la misma. Situación que ocurrió con todos los participantes.

a.2.- INEXISTENCIA DE LAS CONDICIONES PARA LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO.

Tanto los hechos de la demanda como las pretensiones que le subyace fueron impetrados sobre la base de una falla en el servicio que tiene que ser probada respecto de la actuación retardataria e injustificada de la FGN que conllevó a que la demandante fuera nombrada el 12 de julio de 2017.

Así las cosas, PABLO PEÑARANDA sólo podía ser nombrado en periodo de prueba en el cargo en el cual ocupó el puesto No. 243 de la lista de elegibles, siempre y cuando alguno de los 157 cargos convocados en la convocatoria 011 – grupo 1 de 2008 no hubiere sido provisto y después de haber agotado la posibilidad de nombrar del no. 158 al 242 que le antecedían,

En dicho orden y como quiera que la demandante tuvo acceso a todos los recursos para indagar y apersonarte de las eventualidades del concurso, y que en ningún momento se vio privado de la posibilidad de obtener respuestas a las inquietudes que hoy plantea. Sin duda, entonces la administración actuó de conformidad con la normatividad y publicidad al precitado concurso, sin que le sea admisible aceptar al demandante que solo tuvo conocimiento de la existencia de su derecho sólo por el hecho que lo nombraron.

Por manera que, si antes no le llamo la atención la situación a que se veía abocado por el concurso, ya no le es dable reclamar lo que por vía administrativa pudo reclamar o hacerle ver a la entidad.

b.3.- COBRO DE LO NO DEBIDO Y ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

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 1º 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 2º 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.

- 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, 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.

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

b.4. GENÉRICA

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

IV. PRUEBAS

Adjunto al presente escrito:

- Respuesta con Radicado SACCE 20197010001923 del 12 de diciembre de 2020, donde se reseña los antecedentes de participación de la demandante en las convocatorias abiertas por la entidad para el 2008.
- CD que contiene:
 - Requisitos de estudio y experiencia para inscribirse en el respectivo concurso. Especialmente la convocatoria 11 de 2008
 - Copia de los Acuerdos No. 010 de 2015 y 013 de 2015 los cuales los dan cuenta de la movilidad que tuvo el registro de elegibles en la convocatoria



ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: PABLO FRANCISCO
PEÑARANDA
EXPEDIENTE: 2019-0262
JL 41480

donde participo la demandante y de las posiciones ocupadas por la demandante, las cuales siempre se mantuvieron por fuera del número de cargo convocados.

- Actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba y en propiedad y las correspondientes actas de posesión.

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.

V.- PETICIÓN

Con base en los argumentos de defensa expuestos, solicito a su Señoría des-pachar desfavorablemente las pretensiones de la presente demanda, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

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.

VI. ANEXOS

1. Poder para actuar y anexos del mismo.
2. Respuesta con Radicado SACCE 20197010002113 del 19 de diciembre de 2020, acompañado de un CD con los soportes de la respuesta.

VII. 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.

Con la más alta deferencia,

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