



**JUZGADO SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SENTENCIA No. 122**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

M. DE CONTROL: Reparación Directa
RADICACIÓN: 11001334306120190021100
DEMANDANTE: Melba Mercedes Castañeda González
DEMANDADO: Fiscalía General de la Nación y la Nación Rama Judicial

1. ASUNTO

Una vez surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede esta instancia judicial a emitir sentencia en el proceso de la referencia, acción de reparación directa impetrada por Melba Mercedes Castañeda González, quien actúa en nombre propio a través de apoderado, por los presuntos perjuicios causados de parte de la Nación Fiscalía General de la Nación con ocasión del presunto daño antijurídico derivado del presunto retardo en el nombramiento en la planta global de la Fiscalía General de la Nación que se ejecutó solo hasta el 12 de julio de 2017 y su posterior posesión el 1 de agosto de 2017.

2. TEMA PRINCIPAL TRATADO

Responsabilidad patrimonial de la Nación Fiscalía General de la Nación por una presunta falla en el servicio derivada del retardo en el nombramiento en la planta global de la Fiscalía General de la Nación el 1 de agosto de 2017.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones de la demanda

El 26 de julio de 2019, Melba Mercedes Castañeda González impetró demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa (fol. 1-17 C.1), con las siguientes pretensiones:

“PRIMERA LA NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a MELBA MERCEDES CASTAÑEDA GONZÁLEZ por falla o falta del servicio o de la administración que condujo al retardo injustificado en el nombramiento según lo señalado en el contenido de la norma general, esto es, la Ley 909 de 2004, "Por el cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera artículo administrativa, 3 o dispone gerencia que: "(.publica .) Las y disposiciones se dictan otras contenidas disposiciones; en esta que Ley en el numeral 2º de su aplicaran, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como: (...) Fiscalía General de la Nación (...).

Con base en esta última normativa, se expidió el Decreto 1227 de 2005, el cual en el artículo 32 estableció: En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviara copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) hábiles siguientes al envió de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en periodo de prueba en el empleo objeto del concurso el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles".

Finalmente, con base en la Ley 1654 de 2013, • se profirió el Decreto 020 de 2014, "Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas", teniendo en cuenta que el artículo 40 del Decreto 020 del 2014 estipula:

Artículo 40: Nombramiento en Periodo de Prueba: En firme la lista de elegibles, La Comisión de Carrera Especial respectiva le enviara al nominador para que, en estricto orden de mérito, proceda a efectuar el nombramiento del aspirante en periodo de prueba en el empleo objeto del concurso, en el cual el servidor deberá demostrar su capacidad de adaptación al cargo, su eficiencia, competencia, habilidades y aptitudes en el desempeño de las funciones. El periodo de prueba deberá iniciarse con la inducción en el puesto de trabajo, en los términos adoptados por la Fiscalía General de la Nación y por entidades adscritas.

El nombramiento en período de prueba debe producirse dentro de los Veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de la lista de elegibles SEGUNDA. Condenar, en consecuencia, a LA NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION, como reparación del daño ocasionado, a pagar al actor, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros.

En estos términos, Incluyendo la orden de pagar las prestaciones sociales como los salarios bonificaciones, vacaciones, primas, prima de vacaciones, de navidad, y demás acreencias laborales proporcional al año 2015, año completo 2016 y proporcional 2017; es un acto de la administración que realiza una norma legal que modifica por tanto el ordenamiento jurídico: pero la actuación material consistente en la ejecución de ese acto, es una operación administrativa y si ésta se produce en forma tardía V de ello se deriva un perjuicio al beneficiario del derecho. se concluye que la fuente de producción del daño no es entonces el acto: sino la operación, "1 (Se subraya), los cuales se estiman como mínimo en la suma de SEISCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$619.157,996) a lo que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto, en forma genérica, como se describió en el punto de las pretensiones el valor único cobrado estimado en esta demanda es: SEISCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$619.157.996).

TERCERA. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

CUARTA. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 192 Y 297 Y 298 del C.P.A.C.A.

BASES

VICTIMA PRINCIPAL: MELBA MERCEDES CASTAÑEDA GONZÁLEZ

SALARIO TOTAL DEVENGADO: \$5.181.699

Salario Básico • \$3.261.772
Bonificación Judicial... \$1.919.927

DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO O PASADO.

SUMAS PERIÓDICAS:

El Valor de cada mensualidad se actualiza aplicando el IPC (Mensual) hasta la fecha de cálculo. Al Monto actualizado se le aplica el interés puro del 6% en el respectivo periodo.

...
DAÑO EMERGENTE: \$137.981.281 + 8.278.877= \$146.260.158
TOTAL: \$146.260.158
LUCRO CESANTE:

...
LUCRO CESANTE: \$137.981.281 + 8.278.877= \$146.260.158
TOTAL: \$146.260.158

PERJUICIOS MATERIALES POR CONCEPTO DE PRESTACIONES SOCIALES
... \$6.477.124”

3.2. Hechos relevantes de la demanda:

El sustento fáctico relevante que origina el estudio del presente asunto y que se plasmó en la demanda es el siguiente:

- a. Melba Mercedes Castañeda González se inscribió en la convocatoria 02 de 2008, grupo 02 para el empleo de profesional especializado I hoy profesional especializado II en el puesto 58 y la Convocatoria 004 Grupo 2 en el cargo de Profesional Universitario II hoy profesional de gestión II en orden de elegibilidad No. 80 en el Registro de Elegibles de la hoy accionada.
- b. El 13 de julio de 2015 cuando salió la lista definitiva de elegibles, apareció en la Convocatoria 02 Grupo 02 en el cargo de Profesional Especializado II y la Convocatoria 004 Grupo 2 en el cargo de Profesional Universitario II hoy Profesional del Gestión.
- c. Fue nombrada en orden de elegibilidad según notificación enviada el 17 de julio de 2017 y posesionada el 1 de agosto de 2017 por acta de posesión No. 00121, transcurriendo casi un año después de la publicación de la lista de elegibles.
- d. Teniendo en cuenta que a partir del 13 de agosto de 2015 vencía la fecha para notificar y nombrar a la actora, ya se le había vencido el plazo a la Fiscalía General de los 20 días hábiles con los que contaba para ser nombrada una vez se publicará la lista de elegibles.
- e. La Fiscalía nombró a la señora Castañeda en un área distinta a la que concursó y ganó, siendo luego reubicada.

3.3. Actuación Procesal:

- a. La demanda fue presentada el 26 de julio de 2019, ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos, quien la repartió a este despacho (fl. 97 c.1).
- b. La demanda se admitió el 20 de agosto de 2019 (fls. 99 c.1).
- c. El 21 de agosto de 2019 se notificó la admisión de la demanda (Fls. 101-104 c.1), realizó el envío de los traslados el 5 de septiembre de 2019.
- d. Mediante memorial del 12 de noviembre de 2019 la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda dentro del proceso de la referencia (Fls. 133-149 c.1).
- e. El 6 de febrero de 2020 se corrió traslado de las excepciones formuladas dentro de la contestación de la demanda; con pronunciamiento de la parte demandante (fol. 178-194 C.1.)
- f. El 16 de septiembre de 2020 se adelantó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, donde se resolvieron las excepciones y se decretaron pruebas (fls. 23 c.1).
- g. El 28 de octubre de 2020 se realizó audiencia de pruebas, fue allegada la documental decretada y se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito a las partes dentro del término de Ley (Doc. 062),
- h. El 4 de noviembre de 2020 el apoderado de la parte actora alegó de conclusión (doc. 64).
- i. La Fiscalía General de la Nación no alegó de conclusión.
- j. La agente del Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad.

3.4. Argumentos de las Partes

Parte demandante: El apoderado de la parte demandante explicó lo elementos que configuran la responsabilidad, citó jurisprudencia.

Citó el artículo 125 de la C.P.

Mencionó el artículo 32 del Decreto 1227 de 2005, el artículo 40 del Decreto 020 del 2014.

Adujó que el decreto legislativo 020 de 2014 reguló expresamente el plazo en el que debe producirse el nombramiento en el periodo de prueba de las personas elegibles y para ello estipuló el plazo de 20 días hábiles

Citó jurisprudencia.

Habló sobre la procedencia de la reparación directa y no la nulidad y restablecimiento del derecho. Citó jurisprudencia.

Agregó que el daño se predica por los salarios y prestaciones dejados de devengar y solicitó tener en cuenta la bonificación (fls 10-14 c.1).

Parte demandada – Fiscalía General de la Nación: el 12 de noviembre de 2019 la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda dentro del proceso de la referencia (Fls. 133-149 c.1).

Se opuso a los hechos y pretensiones, indicó que en ninguna de las convocatorias la demandante ocupó un puesto de mérito que le permitiera ser nombrada en una de las vacantes ofertadas en cada convocatoria, en la 002 ocupó el puesto 58 de 6 ofertadas y en la convocatoria 004 ocupó el puesto 60 de 47 vacantes.

Agregó que la accionada no transgredió la normatividad aplicable al concurso esto es el artículo 40 del Decreto Ley 20 de 2014, sumado a que ella no se le nombró en un área distinta ya que la oferta era para la planta global.

Indicó el 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.

Indicó que la demandante para el cargo de profesional especializado I de 6 cargos ofertados ocupó el puesto 58 y para el cargo de profesional universitario II ocupó el puesto 60 de 48 ofertados.

De acuerdo con la lista de elegibles el cargo para el cual participó la demandante solo podría ser provisto en estricto orden de mérito, esto es con los elegibles que ocuparon las primeras 38 posiciones de la lista.

Entonces, pese a que quedó en la lista de elegibles, estaba por fuera de la plaza de elegibles; las listas de elegibles durante su vigencia solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que generen inicialmente los mismos empleos inicialmente provistos.

Como la demandante no alcanzó a ser nombrada en los cargos específicamente ofertados, no puede hablarse de un daño porque no tenían la obligación de utilizar la lista de elegibles más allá de las vacantes ofertadas. Así, su nombramiento del 12 de julio de 2017 se hizo según orden de legibilidad y durante la vigencia del registro de elegibles.

Propuso como excepciones:

- Caducidad: la cual fue resulta en auto del 18 de agosto de 2020.

- Inexistencia del daño antijurídico y ausencia de falla en el servicio: porque existió la certeza que la demandante no ocupó un puesto de la lista de elegibles que ameritara su nombramiento directamente en el cargo para el cual concursó y su expectativa se vio satisfecha el 12 de julio de 2017 y fue nombrada dentro del término que trata el artículo 66 de la Ley 938 de 2004.
- Cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa: porque para que haya una remuneración debe haber una prestación directa del servicio.

3.5. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Parte demandante: El 4 de noviembre de 2020 dentro de los términos legales, el apoderado de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión (doc. 064). Citó jurisprudencia y manifestó que:

1. Para que un integrante de la lista de elegibles pudiera alegar el derecho a ser nombrado, debía hacer parte de un registro en firme y ocupar en este lugar apto frente al número de vacantes a proveer.
2. Está demostrado que mediante Convocatoria 004 Grupo 02 de 2008, la Fiscalía General de la Nación convocó a concurso público para proveer el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO II, que luego sería como PROFESIONAL DE GESTION II.
3. Se probó que luego de adelantar todas las etapas de selección, en el concurso el 13 de Julio 2015 publicó el Acuerdo 029, mediante el cual elaboró lista de elegibles.
4. También está probado que Melba Mercedes Castañeda González participó y aprobó todas las etapas del concurso público destinado a proveer el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO II hoy PROFESIONAL DE GESTION II dentro del nivel administrativo de la Fiscalía General de la Nación y ocupó el puesto No. 60 de los 48 cargos ofertados del listado de elegibles que se publicó el 13 de Julio de 2015, Lista – Acuerdo 029 del 13 de Julio de 2015 – contra la cual no procedían recursos, en donde la firmeza del acto se produjo el día siguiente, de conformidad con el artículo 87 de la ley 1437 de 2011. Bajo este contexto, lo cierto es que Melba Mercedes Castañeda González tenía derecho a ser nombrada en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO II hoy PROFESIONAL DE GESTION II.
5. Además, en las respuestas al derecho de petición aportados por la parte actora de fecha 02/02/2019, Oficio No. STH30100 con radicado No. 20193000015801, la FISCALÍA manifestó que en la Convocatoria 04 Grupo 02 fueron convocados 48 cargos de los cuales se posesionaron 45 personas. Y en el oficio No. STH-30100 de fecha 12/09/2019 con Radicado No. 20193000011851, la Fiscalía certificó que respecto a la Convocatoria No.004 Grupo 02 se nombraron 69 personas; se posesionaron 45 y se revocaron 24. Por lo que queda demostrado que la FISCALIA no realizaba la actualización en el registro de elegibles como lo ordenaba el artículo 24 del Acuerdo 001 del 2006 “*Por el cual se expide el reglamento de selección y el concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación*”, por lo que están las pruebas suficientes para demostrar la demora reclamada y existe la certeza de la fecha de expedición de la lista de elegibles, la conformación y la fecha de su firmeza, permitiendo determinar el daño reclamado.

Parte demandada- Fiscalía General de la Nación: no alegó de conclusión.

Ministerio Público no conceptuó.

3.6 Pruebas obrantes en el proceso

Documentales

A continuación, se hace relación de los elementos probatorios más relevantes allegados al plenario las siguientes pruebas documentales:

1. Tabla Excel titulada “REMUNERACIÓN PARA LA VIGENCIA 2015 POR CARGO (AÑO COMPLETO) EN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN” fl. 18
2. Copia simple oficio No. 60 del 17 de julio de 2017 de la Jefe de Sección de Talento Humano Bogotá para Melba Mercedes Castañeda González fl. 25
3. Copia simple correo electrónico de la Subdirección de apoyo a la gestión – Novedades Personal Bogotá fl. 26
4. Copia simple de la Resolución No. 02431 del 12 de julio de 2017 del Fiscal General de la Nación “Por medio de la cual se efectúan unos nombramientos en período de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación y se declaran insubsistentes unos nombramientos en provisionalidad” fl. 27 a 35.
5. Copia simple acta de posesión No. 055 del 1 de agosto de 2017 de Melba Mercedes Castañeda González en el cargo de Profesional de Gestión II fl. 36
6. Copia simple providencia del 9 de agosto de 2018 dentro del radicado No. 80885 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral fl. 37 a 45
7. Copia simple del Decreto No. 000989 del 9 de junio de 2017 del Departamento Administrativo de la Función Pública fl. 46 a 51
8. Copia simple del Decreto No. 001015 del 9 de junio de 2017 del Departamento Administrativo de la Función Pública fl. 52 a 53
9. Copia simple del Decreto No. 00020 del 9 de enero de 2014 del Departamento Administrativo de la Función Pública fl. 54 a 72
10. Copia simple del Decreto No. 022 del 9 de enero de 2014 del Departamento Administrativo de la Función Pública fl. 73 a 75
11. Copia simple del Decreto No. 001087 del 26 de mayo de 2015 del Departamento Administrativo de la Función Pública fl. 76 a 81
12. Copia simple del Decreto No. 219 del 12 de febrero de 2016 del Departamento Administrativo de la Función Pública fl. 82 a 87
13. Copia simple del Decreto No. 341 del 19 de febrero de 2018 del Departamento Administrativo de la Función Pública fl. 88 a 90
14. Copia simple del Decreto No. 343 del 19 de febrero de 2018 del Departamento Administrativo de la Función Pública fl. 91 a 96
15. Copia simple de la providencia del 11 de mayo de 2017 dentro de la acción de tutela 25000-23-42-000-2017-00456-01 de la Sección Primera del Consejo de Estado fl. 195 a 210
16. Copia simple de la providencia del 19 de junio de 2019 dentro del radicado No. 11001-33-36-031-2017-00311-01 de la Sección Tercera – Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fl. 211 a 232

En audiencia inicial se advirtió que las documentales señaladas en los numerales 7 a 14, según lo dispuesto en el Artículo 177 del Código General del Proceso, no serán necesaria la presentación de las normas jurídica, resoluciones, circulares y conceptos de alcance nacional, además, las documentales atrás enunciadas hacen parte del compendio de normas que esta falladora está en la obligación de aplicar en el caso concreto de ser necesarias. Aunado a lo anterior, el Artículo 167 ibidem en su acápite final prescribe que «Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba»

Además, respecto a las pruebas relacionadas en el numeral 6, 15 y 16 estas no serán tenidas como documental en el proceso, habida cuenta que no tienen relación directa con el presente caso y aunado a lo anterior, corresponde una providencia judicial dictada en un medio de control y restablecimiento del derecho.

17. Copia en medio magnético contentiva de:
 - a. Copia del acuerdo No. 004 del 2 de febrero de 2015
 - b. Requisitos de estudio para el Empleo Profesional Especializado y número de cargos ocupados
 - c. Copia del acuerdo No. 0006 del 2 de febrero de 2015 y No. 29 del 13 de julio de 2015
 - d. Requisitos de estudio para el Empleo Profesional Universitario y número de cargos ocupados (cd. fl. 168)
18. Copia de la solicitud de antecedentes elevada a la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial fl. 151 a 152
19. Copia simple del oficio SACCE-30700-12/11/2019 de la Subdirectora Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial y 14 anexos.
20. Oficio No. SACCE-30700 del 12 de septiembre de 2019 respuesta a Derecho de Petición con radicado No. 20196110770442 del 29 de agosto de 2019 de la Subdirectora Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial para María Isabel Ducuara Chamorro y anexos fl. 113 a 120
21. Copia simple de reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones de Melba Mercedes Castañeda González fl. 122 a 128
22. Copia simple certificación No. 0511 del Subdirector del Centro de Servicio Financieros del SENA de Melba Mercedes Castañeda González fl. 129 a 132
23. Oficio No. SACCE-30700 del 7 de noviembre de 2019 respuesta a Derecho de Petición con radicado No. 20196110961412 del 24 de octubre de 2019 de la Subdirectora Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial para María Isabel Ducuara Chamorro y anexos fl. 165 a 168
24. Copia simple radicado SGD-No. 20196110770442 del 29 de agosto de 2019 de derecho de petición fl. 169 a 170
25. Copia simple radicado SGD-No. 20196110961412 del 24 de octubre de 2019 de derecho de petición fl. 171
26. Oficio No. STH-30100 del 2 de diciembre de 2019 respuesta a solicitud radicada No. 20196110961412 fl. 175 a 178
27. Copia simple del oficio SACCE-30700-12/11/2019 de la Subdirectora Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial y 14 anexos.
28. Junto con memorial del 16 de octubre de 2020 se allegó respuesta a los puntos 2,3, 4, 6, 7 y 8 del requerimiento mediante oficio 20207010002591 del 1 de octubre de 2020, suscrito por la Subdirectora Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, el cual refiere anexar copia

de las documentales solicitadas, no obstante, las mismas no fueron aportadas junto con el referido memorial.

4. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

4.1.1 Legitimación en la Causa

a. Legitimación en la causa por activa:

Melba Mercedes Castañeda González quien resultó designada en la lista de elegibles definitiva publicada el 13 de julio del 2015 y fue nombrada en período de prueba el 1 de agosto de 2017 en el cargo de Profesional de Gestión II de la Fiscalía General de la Nación (f. 27-36 c1) está legitimada como presunta víctima del hecho dañoso generado con el retardo en su nombramiento.

b. Legitimación en la causa por pasiva:

Se encuentra acreditado como demandado la Nación-Fiscalía General de la Nación por ser a quienes se le atribuye los daños causados a la demandante, y la que tenía el deber legal por la presunta demora injustificada en el nombramiento del demandante cargo de profesional de gestión II de dicha entidad.

4.1.3 Caducidad de la acción

Se aclara que en auto del 18 de agosto de 2020 se resolvieron las excepciones propuestas, entre ellas la de caducidad que se negó.

4.2 ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CASO CONCRETO

4.2.1. Problema Jurídico

Se fijó en la audiencia inicial el siguiente problema jurídico principal: con fundamento en el caudal probatorio, establecer la responsabilidad patrimonial de la demandada Nación – Fiscalía General de la Nación por los presuntos perjuicios ocasionados a la demandante Melba Mercedes Castañeda González de orden material e inmaterial con el presunto retardo en el nombramiento en la planta global de la Fiscalía General de la Nación que se ejecutó solo hasta el 12 de julio de 2017 y su posterior posesión el 1 de agosto de 2017.

¿Se generó un daño antijurídico a causa de ello? ¿Es imputable tanto material como jurídicamente a la demandada?

Una vez resuelto lo anterior, determinar si se configuró una causal exonerativa de responsabilidad.

4.2.2. Tesis del Despacho

El despacho considera que NO se cumplen los presupuestos necesarios para establecer la configuración de la responsabilidad de la demandada respecto de la falla del servicio derivada del retardo en el nombramiento en la planta global de la Fiscalía General de la Nación el 12 de julio de 2017.

4.2.3. Régimen de responsabilidad aplicable

Según lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Política, la responsabilidad extracontractual tiene como centro de discusión la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación de este en cabeza de la administración pública¹ tanto por acción, como por omisión. Dicha imputación exige la revisión de la imputabilidad fáctica y jurídica. El esquema lo resume el doctor Enrique Gil Botero así:



En términos de José Ignacio Manrique Niño: *“se supera así, el esquema que se seguía anteriormente para declarar la responsabilidad del Estado, en el cual primero se miraba el hecho, luego se determinaba la culpa de la administración, posteriormente se analizaba la relación de causalidad y finalmente, se establecía el daño. Hoy en día, por el contrario, lo primero que se determina es la existencia del daño, luego se analiza si es o no antijurídico, y posteriormente se precisa qué fue lo que lo originó, lo que conlleva indagar por la causalidad”* (Manrique Niño, 2009).

El daño antijurídico es un concepto que tiene una evolución constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto se adecúa y actualiza a la luz de los principios del Estado Social de Derecho y de realidad social, tal como lo ha esgrimido la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996².

Este puede ser definido como la *“lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar”* (Ruíz Orejuela, 2010, pág. 3) o como *“el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos”* (Cubides Camacho, 1999, pág. 193).

El daño tiene un aspecto positivo toda vez que ser efectivo, individualizable y verificable, y uno negativo en cuanto debe concretizarse en una efectiva vulneración que se realice sin justa causa.

¹ Conforme a lo establecido en el Artículo 90 de la Carta Política Colombiana *“los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”*. Ver: Consejo de Estado, Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-

3. Es, pues *“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatiojuris’ además de la ‘imputatiofacti’”*. Ver: Consejo de Estado, Sentencia de 13 de julio de 1993.

² Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996.

En cuanto al principio de imputabilidad³, se tiene que solo es dable la indemnización del daño antijurídico por parte del Estado cuando existe el debido sustento fáctico y encaja la atribución jurídica en los hechos narrados en el caso⁴

En la imputación se revisa la conducta estatal y el denominado nexos causal.

Para realizar una introducción de los títulos de imputación, la doctrina ha coincidido en señalar que tiene su fuente principal en la teoría de la culpa (objetivizada)⁵(Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, 2013, pág. 616) o falla del servicio, que es una responsabilidad directa, consistente en la producción de un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente (Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, 2013, pág. 616).

En este sentido, debe distinguirse entre las omisiones laxas y las omisiones en sentido estricto, refiriéndose las primeras a la negligencia u olvido en los deberes de cuidado, que de haberse cumplido pudieron haber evitado un resultado dañoso previsible; mientras, las segundas se relacionan con el incumplimiento de un deber legal previamente establecido y que el Estado está en la obligación de ejecutar, resultando de su incumplimiento, igualmente, un resultado dañoso (Ojeda Rodríguez & Guerrero Agripino, 2005).

Por otra parte, en el hecho culposo se revisa la imputación a título de culpa (impericia, negligencia o imprudencia, en ella se distingue la culpa con representación del resultado y la culpa sin representación del resultado) o de dolo (conocimiento y voluntad de decisión, en el que se distingue el dolo indirecto, dolo indirecto y dolo eventual).⁶ Y la doctrina en el hecho culposo revisa la imputación a título de culpa (impericia, negligencia o imprudencia, en ella se distingue la culpa con representación del resultado y la culpa sin representación del resultado) o de dolo (conocimiento y voluntad de decisión, en el que se distingue el dolo indirecto, dolo indirecto y dolo eventual)⁷(Repetto, 2007, pág. 341).

Empero, es incorrecto afirmar que la única fuente hoy de imputación es la falla en el servicio toda vez que a nivel judicial se ha venido reconociendo la existencia de la responsabilidad estatal sin que se presente el concepto de la culpa, es decir, como expresión de la responsabilidad objetiva, tal es el caso de la responsabilidad por daño especial, la responsabilidad por riesgo excepcional, la responsabilidad por trabajos

³ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatioiudiciaria), en caso contrario, solo una imputación dictaminadora (imputatiodiudicatoria)”. (Kant, 2005).

⁴ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

⁵ El término es usado por Libardo Rodríguez quien afirma: “Esta responsabilidad está basada en la culpa, pero en una culpa especial que no corresponde exactamente al concepto psicológico tradicional, que implica que la culpa solo es posible encontrarla en la actuación de las personas naturales. Aquí se trata, se dice, de una culpa objetiva o anónima. Preferimos decir culpa objetivizada, es decir, calificada por sus manifestaciones exteriores, pues tradicionalmente se consideran opuestos los conceptos de culpa y de responsabilidad objetiva, ya que aquella solo da lugar a responsabilidad subjetiva. Desde este punto de vista puede decir que la responsabilidad por culpa o falla en el servicio es una responsabilidad intermedia entre la subjetiva y la objetiva, pues si bien se requiere la existencia de una culpa, no se trata de la culpa subjetiva tradicional, sino de una culpa objetivizada. En todo caso, no es responsabilidad objetiva, porque, si así lo fuera, las personas públicas deberían responder por todos los daños que causaran en desarrollo de su actividad, así fueran completamente lícitos normales” (Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, 2013, pág. 616).

⁶ Al respecto se pueden analizar los Artículos 1066 y 1067 del Código Civil Colombiano.

⁷ Al respecto se pueden analizar los Artículos 1066 y 1067 del Código Civil Colombiano.

públicos, la responsabilidad por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, la responsabilidad por almacenaje, la falla del servicio presunta (Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, 2013, pág. 620).

El daño especial se fundamenta en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según el cual, cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar.

Por su parte en la teoría del riesgo excepcional se considera que el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio. (Rodríguez Rodríguez, 2013, pág. 621).

En la imputación objetiva se “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁸, lo que representa según Larenz la necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar” (Mir Puig, 2003).

Con lo anterior, se logra superar, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la causa eficiente, la teoría de la condición eficaz y la teoría de la última condición, todas teorías individualizadoras, para formular una teoría según la cual: “un resultado se le puede imputar objetivamente a un individuo, cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese mismo riesgo se haya realizado en un resultado. De esta definición, es indispensable resaltar sus dos elementos: 1. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y 2. La realización de ese riesgo en el resultado” (Ojeda Rodríguez & Guerrero Agripino, 2005, págs. 5-6).

Se entiende que no se crean riesgos jurídicamente desaprobados cuando: a. En aquellos casos en que el autor modifica un curso causal, aminorando o disminuyendo el riesgo ya existente para la víctima y así mejora la situación proveniente de la acción⁹. b. En casos en que el riesgo es insignificante¹⁰. c. Riesgo socialmente aceptado¹¹. d. El riesgo permitido por el Estado¹².

La imputación objetiva marcó el precedente jurisprudencial constitucional y administrativo, en el que se incluyó la denominada “posición de garante” donde la exigencia del principio de proporcionalidad¹³ es necesaria para considerar si cabía la

⁸ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre””. (Gimbernat Ordeig, 2007, pág. 77)

⁹ Por ejemplo, pasa cuando va una piedra peligrosamente hacia la cabeza de otra, y el autor, aunque no logra neutralizarla, sí modifica su trayectoria para hacerla menos peligrosa. (Ojeda Rodríguez & Guerrero Agripino, 2005).

¹⁰ Ejemplo de ello sería un hemofílico expuesto en una escalera eléctrica. Ojeda menciona un hemofílico en supralíneas. (Ojeda Rodríguez & Guerrero Agripino, 2005)

¹¹ Ejemplo: las lesiones ocasionadas en los deportes. (Ojeda Rodríguez & Guerrero Agripino, 2005)

¹² Ejemplos: las actividades automovilistas y la Pamplonada. (Ojeda Rodríguez & Guerrero Agripino, 2005)

¹³ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad o adecuación; el de necesidad o indispensabilidad y el de proporcionalidad en sentido estricto sensu (ponderación, análisis normativo). (Sánchez Gil, 2007, pág. 70).

adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así motivar el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, se unió a un ejercicio de ponderación (Expediente 5400123310001997121601, 2013).

En la doctrina de la imputación objetiva de Jakobs la responsabilidad está atada a la posición de garante, que implica el deber de evitar el resultado, independientemente de que la conducta consista en una acción o en una omisión.

De este modo la imputación objetiva no es más que “*la comprobación de una posición de garante, en la cual se imputarán al autor las desviaciones de su rol*” (Figueroa Ortega, 2009, pág. 63). Este autor funda la posición de garante en las denominadas “instituciones positivas”¹⁴ entre las que cita: 1. La paternidad, en cuanto conjunto de la relación entre padres y sus deberes para con los hijos. 2. El Estado en algunas de sus relaciones con sus ciudadanos, en lo referido a sus obligaciones esenciales, dentro de las cuales afirma que el Estado debe responder en lo que se denomina seguridad externa e interna, esto es la previsión social elemental frente a “*peligros drásticos en los que está excluido el aseguramiento individual*”, como “*el aseguramiento ante catástrofes naturales o grandes incendios, peligros masivos o incluso daños contra el medio ambiente, graves accidentes y enfermedades peligrosas, así como de actividades de salvación en caso de que acaezca una calamidad de las descritas*” y 3. Los supuestos de confianza especial hacia el titular de un determinado rol. (Figueroa Ortega, 2009, págs. 63-64)¹⁵.

En este instante es pertinente señalar que se observa que la responsabilidad de la Administración surge, en principio, de una falla del servicio, que es aquella que se presenta cuando el servicio no funciona, funciona mal o tardíamente, por el incumplimiento de deberes y obligaciones por parte de las autoridades y de tal circunstancia se derivan daños a terceros, debiéndose probar, por lo tanto, cuando se alega, la existencia de la falla propiamente dicha, el daño antijurídico sufrido por la víctima, es decir aquel que jurídicamente no está obligada a soportar y el nexo de causalidad entre estos dos, es decir que fue ese erróneo e ilegal comportamiento estatal, el que produjo el daño.

Bajo dichas condiciones, se entrará a estudiar si en el caso concreto se generó un daño y si el mismo le es imputable a la administración de conformidad con las pruebas

¹⁴ Que tienden a la configuración de un “mundo en común” entre ciertas personas y que propician la cooperación, el apoyo mutuo, la solidaridad y el respaldo en situaciones de peligro o necesidad.

¹⁵ En virtud de esta institución, explica Jakobs: “Los padres deberán proteger y ayudar a sus hijos, deberán velar por sus hijos incluso hasta en condiciones extremas; “los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos, si es necesario buscar asistencia médica, así como evitar los peligros para su vida e integridad, incluidos los peligros de autolesión dolosa o imprudente, e incluso los peligros provenientes del otro cónyuge, y además cuidar el patrimonio del hijo” Sin embargo, según este autor, “estos deberes solo garantizarían un estándar mínimo de cuidados, ya que no se puede garantizar la dedicación óptima, sino solo la dedicación cuya negación es evidentemente defectuosa”. .. El Estado y sus funcionarios tienen también deberes de ayuda y solidaridad y deber de garantizar en caso de necesidad “un nivel mínimo de condiciones de subsistencia, esto es, ocuparse de que sus ciudadanos (aunque no se encuentren sometidos a una relación especial de sujeción como los penados, los presos o los soldados) no mueran en contra de su voluntad, de inanición o de frío, o por una enfermedad curable, etc.”. Si a pesar de ello se produce un daño, “los responsables en las administraciones competentes –presuponiendo la capacidad para evitar el daño, etc. – son punibles por lesiones u homicidio en comisión por omisión”. Entre los deberes positivos del Estado y sus funcionarios, Jakobs enumera a la seguridad externa e interna, a la previsión social elemental frente a “*peligros drásticos en los que está excluido el aseguramiento individual*”, como “*el aseguramiento ante catástrofes naturales o grandes incendios, peligros masivos o incluso daños contra el medio ambiente, graves accidentes y enfermedades peligrosas, así como de actividades de salvación en caso de que acaezca una calamidad de las descritas*”. Incluso, podría pensarse que, como contrapartida de los derechos fundamentales, el Estado tendría también deberes positivos, aunque de los mismos no siempre derivé una responsabilidad penal. Por ejemplo, el Estado deberá garantizar unas condiciones de vida dignas para sus ciudadanos, colaborando en su formación y evolución como seres humanos, respetando en todo caso su autonomía. C. Confianza especial. Este deber de garante, de acuerdo con Jakobs, es que surge cuando alguien asume una relación con el bien de modo voluntario, obligándose de tal modo a protegerlo contra lesiones. Existirá entonces “confianza especial” cuando una persona de modo imputable (representable) haya asumido el rol de cuidar a otro. (Figueroa Ortega, 2009, págs. 66-69).

recaudadas y de las situaciones fácticas planteadas en los títulos de imputación de falla del servicio por los perjuicios causados.

4.3. Caso concreto

Según el contenido de la demanda se desprende que el daño alegado consistió en el presunto retardo en el nombramiento en la planta global de la Fiscalía General de la Nación a la demandante en el cargo de Profesional de Gestión II de la Dirección Seccional Bogotá de la Información y las comunicaciones, nombrado por Resolución 02431 del 12 de julio de 2017 y posesionada el 1 de agosto de 2017.

Agregó la demandante que, pese a que se hizo su nombramiento en estricto orden de elegibilidad, se debió realizar conforme al artículo 32 del Decreto 1227 de 2005 dentro de los 10 días hábiles siguientes del envío de la lista de elegibles, y al artículo 40 del Decreto 020 del 2014 que estipuló que se debió nombrar en periodo de prueba dentro de los 20 días siguientes al envío de la lista de elegibles.

De este modo, se observa que el daño consiste en la mora en posesión en periodo de prueba al cargo de carrera al demandante desde que cobró firmeza la lista de elegibles hasta que efectivamente tomó posesión.

De acuerdo con el material señalado se advierte que se encuentra probado que:

- En la Convocatoria 002 de 2008, se designaron las siguientes etapas y fechas:
 - ✓ Inscripciones del 22 al 31 de julio de 2008.
 - ✓ Admisión al concurso del 6 de octubre de 2008.
 - ✓ Reclamaciones 7 al 9 de octubre de 2008
 - ✓ Publicación listado de admitidos 22 de noviembre de 2008
 - ✓ Aplicación pruebas de 23 de noviembre de 2008
 - ✓ Resultados de 16 de enero de 2009
 - ✓ Reclamaciones de 19 a 21 de enero de 2009.
 - ✓ Publicación listado definitivo de la prueba eliminatoria de 4 de marzo de 2009.
 - ✓ Entrega de documentos del 22 de enero al 7 de marzo de 2009 para quienes aprueben la prueba eliminatoria
 - ✓ Del 9 al 13 de marzo de 2009 para quienes obtengan respuesta positiva a su reclamación.
 - ✓ Resultados de las pruebas clasificatorias el 3 de abril de 2009
 - ✓ Reclamaciones 6 a 8 de abril de 2009.
 - ✓ Publicación de resultados pruebas clasificatorias del 15 de mayo de 2009
 - ✓ Registro de Elegibles el 20 de mayo de 2009
 - ✓ Recursos de reposición del 21 al 26 de mayo de 2009
 - ✓ Resolución de recursos del 27 de mayo al 17 de junio de 2009
 - ✓ Publicación de Registro de Elegibles en firme el 23 de junio de 2009
 - ✓ Devolución documentos del 1 al 10 de julio de 2009 (medio magnético fl. 160).

- En la Convocatoria 004 de 2008, se designaron las siguientes etapas y fechas:
 - ✓ Inscripciones del 22 al 31 de julio de 2008.
 - ✓ Admisión al concurso del 6 de octubre de 2008.
 - ✓ Reclamaciones 7 al 9 de octubre de 2008
 - ✓ Publicación listado de admitidos 22 de noviembre de 2008
 - ✓ Aplicación pruebas de 23 de noviembre de 2008

- ✓ Resultados de 16 de enero de 2009
 - ✓ Reclamaciones de 19 a 21 de enero de 2009.
 - ✓ Publicación listado definitivo de la prueba eliminatoria de 4 de marzo de 2009.
 - ✓ Entrega de documentos del 22 de enero al 7 de marzo de 2009 para quienes aprueben la prueba eliminatoria
 - ✓ Del 9 al 13 de marzo de 2009 para quienes obtengan respuesta positiva a su reclamación.
 - ✓ Resultados de las pruebas clasificatorias el 3 de abril de 2009
 - ✓ Reclamaciones 6 a 8 de abril de 2009.
 - ✓ Publicación de resultados pruebas clasificatorias del 15 de mayo de 2009
 - ✓ Registro de Elegibles el 20 de mayo de 2009
 - ✓ Recursos de reposición del 21 al 26 de mayo de 2009
 - ✓ Resolución de recursos del 27 de mayo al 17 de junio de 2009
 - ✓ Publicación de Registro de Elegibles en firme el 23 de junio de 2009
 - ✓ Devolución documentos del 1 al 10 de julio de 2009 (medio magnético fl. 160).
- En el Acuerdo No. 008 del 18 de septiembre de 2017 *“por medio del cual, en cumplimiento a una orden de tutela, se modifica parcialmente el Acuerdo No. 0029 del 13 de julio de 2015 que conformó la lista definitiva de elegibles para la provisión de los cargos convocado a través de la convocatoria No. 004-2008 respecto del Grupo 2 dentro del Concurso de Méritos del Área Administrativa y Financiera del año 2008”* (medio magnético fl. 120).
 - En el Acuerdo No. 0029 del 13 de julio de 2015 – Convocatoria 004-2008 *“Por medio del cual se modifica el Acuerdo No. 0006 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° 004- 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”*, se encontró a Melba Mercedes Castañeda González, en el puesto 60 (medio magnético fl. 120 y doc. 043), además se indicó:

“ARTÍCULO SEGUNDO. - La lista de elegibles de la convocatoria 004 de 2008 contenida en el presente acto tendrá una vigencia de dos (2) años, de conformidad con las normas de la convocatoria, la cual se contará a partir del día siguiente a la fecha de suscripción y publicación del presente acuerdo.

ARTÍCULO TERCERO. - La provisión definitiva de los empleos convocados se efectuará en estricto orden descendente, una vez se encuentre en firme la lista de elegibles”.
 - Por Acuerdo 0004 del 9 de marzo de 2017, Acuerdo 0024 del 7 de abril de 2017 conv 04-7 y Acuerdo 0041 Conv 4-7 en cumplimiento ordenes de tutela, se modificó parcialmente el Acuerdo No. 029 de 2015 que conformó la Lista Definitiva de Elegibles para la provisión de los cargos convocados a través de la Convocatoria N° 004-2008 respecto del Grupo 7 dentro del Concurso de Méritos del Área Administrativa y Financiera del año 2008 (medio magnético fl. 136).
 - En el radicado 2019300001185, Oficio No. STH- 30100 del 12/09/2019 la Subdirectora de Talento Humano de la FGN informó que en la convocatoria No. 04 Grupo 02, se nombraron 69 personas, se posesionaron 45 y se revocaron 24(medio magnético fl. 120).

- En el radicado 20197010006771, Oficio No. SACCE- 30700 del 07/11/2019 la Subdirectora de Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la FGN informó que en la convocatoria No. 02-2008 Grupo 02, Melba Mercedes Castañeda González ocupó el puesto 58 (fl. 165-168).
- Por Resolución No. 02431 del 12 de julio de 2017 del Fiscal General de la Nación fue nombrado en período de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación Melba Mercedes Castañeda González como Profesional de Gestión II, dentro de la Convocatoria 04 Grupo 07 (medio magnético fl. 120).
- Melba Mercedes Castañeda González tomó posesión el 1 de agosto de 2017 en periodo de prueba por el término de tres meses en la planta global Acta de posesión 55 (fl. 36 y doc. 042).
- Melba Mercedes Castañeda González tomó posesión el 10 de septiembre de 2018 en el cargo Profesional de Gestión II de la Dirección Seccional Bogotá en la planta global de FGN, nombramiento en propiedad efectuado por resolución 0-1095 del 04/09/2018 (doc. 034).
- Por Resolución 1095 del 4 de septiembre de 2018 fue nombrada en propiedad Melba Mercedes Castañeda González en la planta global de la FGN (doc. 035).
- Por Resolución 0086 del 7 de noviembre de 2018 Melba Mercedes Castañeda González fue inscrita en el registro público de inscripción de carrera -RPIC de la FGN (doc. 036).

De la situación descrita con anterioridad, se puede obtener que pese a que hubo un hecho de que el demandante se encontraba en la lista de elegibles que fue puesta en conocimiento por medio del Acuerdo No. 0029 del 13 de julio de 2015 y tomó posesión en periodo de prueba el 1 de agosto de 2017 por el término de tres meses en la planta global (fl. 36), no se acreditó que la presunta mora hubiese producido un daño.

Se recuerda el daño antijurídico puede ser definido como la *“lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar”* (Ruíz Orejuela, 2010, pág. 3) o como *“el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos”* (Cubides Camacho, 1999, pág. 193).

De lo demostrado en el proceso en efecto ocurrió un hecho, pero no se probó una lesión real y evaluable o siquiera se probó el detrimento o demérito que sufrió la hoy demandante.

La mera manifestación de que el retardo injustificado en el nombramiento y posesión le generó un daño, por lo que se debe pagar todas las acreencias laborales que en su sentir debió percibir desde el 13 de julio del 2015 al día de su nombramiento, no es plena prueba de que dejó de percibir unos ingresos, ya que los mismos solo emergieron como hecho cierto y cuantificable a partir de cuándo se realizó efectivamente la posesión, al respecto el Consejo de Estado¹⁶ en sección segunda, en un caso similar luego de aclarar que el medio de control se debió adecuar al de reparación directa y resolverlo así¹⁷, explicó:

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia del cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01798-01(3688-15).

¹⁷ “En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷ ha sido reiterativa en señalar que si bien los dos medios de control coinciden en su finalidad, en cuanto ambos persiguen la reparación de los daños causados, ambos difieren en la causa del daño reclamado. Así mismo, que el criterio útil en la determinación de la acción

“Los derechos subjetivos relacionados con el pago de salarios y prestaciones derivados de un concurso de méritos se consolidan con la posesión en el cargo de carrera y no a partir de la inclusión en la listas de elegibles”.

El expediente adolece de prueba que permita establecer la existencia de un daño porque no se acreditó que durante el periodo de tiempo desde de la conformación de la lista de elegibles hasta su posesión, la demandante no se encontraba trabajando o generando alguna actividad que permitiera su sostenimiento y que desde la publicación de la lista de elegibles se hubiera visto obligado a dejar su actividad laboral con el fin de tomar posesión.

Es más NO se demostró que en el cargo que la hoy accionante se presentó estuviera dentro de un orden de elegibilidad que le permitiera de inmediato su nombramiento solo se probó que para el cargo de profesional especializado I de 6 cargos ofertados ocupó el puesto 58 y para el cargo de profesional universitario II ocupó el puesto 60 de 48 ofertados.

Se reitera, no existió una efectiva vulneración sin justa causa, porque la ganancia de salarios y demás emolumentos solo es adquirida con la efectiva materialización de la posesión y no con la conformación de la lista de elegibles, así¹⁸:

*“Tal como se indicó en acápites anteriores, las listas de elegibles son inmodificables una vez se encuentran en firme y, por ende, quien ocupa el primer lugar de la lista, **tiene un derecho adquirido únicamente para ser nombrado en el cargo para el cual concursó**, siempre que exista la vacante definitiva del cargo de carrera conforme lo señala el artículo 167 de la Ley 270 de 1996”.*¹⁹”

Así mismo, no se probó que la administración con alguna acción haya contribuido a que el demandante no haya podido seguir alguna actividad laboral hasta su posesión. Por lo expuesto, no se acreditó la existencia de un daño efectivo, individualizable y verificable.

procedente para reparar daños generados por la administración es el origen de los mismos, de manera que si la causa del perjuicio es un acto administrativo ilegal, deberá acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Concluye la sentencia en cita que

« [...] si el daño es generado por un acto administrativo ilegal, para que el restablecimiento del derecho y la reparación sean posibles será necesario, de modo previo, dejarlo sin efectos y ello, dada la presunción de legalidad que lo cobija, sólo será posible con la declaración judicial de anulación del mismo. [...]»¹⁷

Pese a lo anterior y teniendo en cuenta que el tribunal de primera instancia obvió este análisis, razón por la cual admitió y tramitó el asunto por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁷, en este momento la Sala decidirá conforme lo tramitado, en la medida en que no se configura ninguna causal de nulidad insaneable y a efectos del análisis de fondo del asunto lo importante en esta etapa procesal es determinar si se demostraron los elementos de la responsabilidad estatal por la omisión imputada. (negritas y subrayas nuestras).

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia del cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01798-01(3688-15).

¹⁹ Cada vez que se presente una vacante en cargo de funcionario, la entidad nominadora comunicará la novedad, a más tardar dentro de los tres días siguientes, a la correspondiente Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según el caso. Recibida la lista de candidatos, procederá al nombramiento dentro de los diez días siguientes.

Tratándose de vacantes de empleados, el nominador, a más tardar dentro de los tres días siguientes, solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional que corresponda, el envío de la lista de elegibles que se integrará con quienes ocupen los primeros cinco lugares en el correspondiente registro de elegibles, previa verificación de su disponibilidad. La Sala remitirá la lista dentro de los tres (3) días siguientes y el nombramiento se hará a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes.

Tampoco se demostró la mora injustificada, señalándose cuáles fueron las circunstancias del retardo que se constituyeran como injustificables, máxime cuando el mismo demandante en el acápite de hechos mencionó que su posesión obedeció al estricto orden de la lista de elegibles; en la sentencia en comento la alta Corte también señaló²⁰:

“De otra parte, tampoco se demostraron las circunstancias específicas por las cuales se presentó la mora en el trámite del concurso y por tanto no existe evidencia de si la mora se debió a situación justificadas a una omisión que acarree responsabilidad de la demandada.

...

Por último, si bien se demostró la existencia de un concurso para la provisión de cargos de carrera y la prolongación del mismo, como lo aceptó la misma entidad en sus respuestas, no está demostrado que dicha mora haya sido injustificada o si la misma se debió a causales legales, judiciales o de otra índole que hayan dado lugar a la postergación del trámite y conclusión del mismo.”.

Se recuerda que el Máximo Tribunal Administrativo²¹, explicó que “el solo trascurso del tiempo no es determinante para considerar la incursión en mora, y de todas maneras para efectos de responsabilidad patrimonial, debe determinarse que esa dilación fue la causa directa y suficiente para **la producción del daño** siempre y cuando exista prueba de dichos perjuicios” (negrillas y subraya nuestros).

En el *sub lite*, conforme al material probatorio aportado al expediente como ya se refirió no hay ningún elemento probatorio de que hubo un retardo injustificado en la posesión en el cargo de carrera. La parte actora no hizo alusión a lo complejo del asunto, la forma en que se llevó el proceso, ni de los estándares de funcionamiento de la Fiscalía existiendo la carga procesal incumplida.

Respecto de la carga de la prueba el Tribunal Administrativo de Cundinamarca afirmó²²:

“Encuentra pertinente la Sala afirmar su conclusión en el principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil

“ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

Entendido por la doctrina en dos ángulos: de un lado, la autorresponsabilidad que les incumbe a las partes de probar los hechos que sirven de fundamento a las consecuencias de derecho buscadas con el actuar procesal, sin que pueda trasladarse al juez esta obligación y de otro lado, una regla de juicio que indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Tal principio está fincado además en el principio de necesidad de la prueba, según el cual el juez sólo conoce los hechos por medio de pruebas eficaces, oportuna y regularmente allegadas al proceso, con respeto a las normas procesales.

²⁰ Ídem

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 13001-23-31-000-2008-00676-01(42621).

²² Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección “A”, sentencia del 19 de agosto de 2010, radicación: 2006-00088, MP: ALFONSO SARMIENTO CASTRO.

En el caso concreto era carga de la parte actora probar los hechos sustento de la causa petendi, situación que desatendió dentro del término procesal para ello, pues no desplegó su actividad probatoria dentro de la etapa procesal correspondiente aportando las pruebas pertinentes e idóneas para demostrar fácticamente la presunta falla cometida”.

De lo expuesto se concluye no se encontró acreditado el daño, i) por cuanto la expectativa de ganancia de emolumentos salariales solo se adquiere con la posesión y no con la inclusión en la lista de elegibles, y ii) no se probó las circunstancias específicas de la posesión tardía que se constituyeran como injustificables, razón por la cual se negaran las pretensiones de la demanda.

5. COSTAS

En el caso bajo estudio el despacho no encontró fundamentos suficientes para condenar en costas a la parte vencida, razón por la que se abstuvo de reconocer ese concepto en esta instancia (artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 365 del Código General del Proceso).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C – SECCIÓN TERCERA** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motivo de este proveído.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Contra la presente decisión procede recurso de apelación.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: Ejecutoriada la sentencia, **REMITIR** el expediente al competente para la liquidación de los gastos procesales y devolución de remanentes si los hubiere.

DÉCIMO: Una vez cumplido lo anterior, por secretaría **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDITH ALARCÓN BERNAL
JUEZA

AMP

Firmado Por:

Edith Alarcon Bernal
Juez Circuito

Juzgado Administrativo
61
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
ed2bc831448e91ba6d129f97c435d17bdc11a6aead9b629c23f3a70e32e477de
Documento generado en 16/11/2021 04:54:58 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>