



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD
Radicación: 11001-03-25-000-2012-00680-00 (2361-2012)
Demandante: JULIO CESAR LÓPEZ ESPINOSA
Demandados: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO¹

Temas: Circular Conjunta 074 del 21 de octubre de 2009. Prohibición de suprimir empleos reportados en la OPEC y de modificar el manual de funciones y competencias laborales.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

O-013-2022

1. ASUNTO

La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso judicial de la referencia tramitado en virtud del medio de control de nulidad simple, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

2. DEMANDA²⁻³

En ejercicio del medio de control de nulidad que consagra el artículo 137 del CPACA, el señor Julio César López Espinosa, actuando en nombre propio, presentó demanda en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Procuraduría General de la Nación.

2.1. Pretensión

Se pretende la nulidad parcial de la Circular Conjunta n.º 074 del 21 de octubre de 2009, proferida por el procurador general de la Nación y la presidenta de la CNSC, relacionada con el deber de los representantes legales de las entidades públicas de todos los órdenes, de reportar la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) a la mencionada Comisión. La acusación está dirigida en contra de las expresiones que a continuación se resaltan:

¹ Procuraduría General de la Nación.

² Ff. 2-8, cuaderno físico principal.

³ La demanda fue admitida en auto del 2 de mayo de 2014 (Ff. 11 y 12 del cuaderno físico principal).



«En cumplimiento al mandato constitucional contenido en los artículos 125 y 130, que disponen la provisión de empleos a través de procesos de selección por mérito a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y en desarrollo del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que asigna a ésta funciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera y en ejercicio de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación, se les solicita a los representantes legales que aún no han enviado o no han actualizado la información relativa a la oferta pública de empleos de carrera -OPEC-, reportarla a la CNSC, al igual que la relativa a los empleos que se encuentren en vacancia definitiva, incluidos los provistos a la fecha con nombramientos provisionales, indicando en este último caso, el día de posesión de los servidores que las ocupan.

El envío de la información requerida debe hacerse a través del aplicativo dispuesto para tal fin en la página de la Comisión www.cnsc.gov.co, a más tardar el día 7 de diciembre de 2009.

Cabe anotar que las entidades **no podrán suprimir empleos** reportados y que hayan sido ofertados a los aspirantes, **ni podrán modificar los manuales de funciones y requisitos de los mismos** antes de su provisión y hasta cuando el servidor nombrado supere el periodo de prueba, o que no existan más aspirantes en la lista de elegibles.

Se recuerda que la omisión de esta obligación legal puede acarrear sanción disciplinaria al representante legal o quien haga sus veces, en aplicación del Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002.

Las Procuradurías del nivel territorial, en ejercicio de su función de control preventivo de gestión, desarrollarán las acciones pertinentes para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente circular». (Negrita fuera de texto).

El demandante formuló una segunda pretensión, consistente en que se declare la nulidad de las mismas expresiones previamente resaltadas, pero añadiendo que tal invalidación surta efectos a partir de la publicación de la circular. No obstante, en auto del 9 de junio de 2022⁴, esta fue excluida como objeto de estudio del presente proceso⁵, sin que contra tal decisión se haya presentado recurso alguno.

2.2. Normas violadas y concepto de violación

El demandante denunció la transgresión de los artículos 121, 305 (numeral 7), 315 (numeral 7) de la Constitución Política, así como el 74 de la Ley 617 de 2000. En su criterio, la violación alegada se concreta en el vicio de nulidad por falta de competencia por las siguientes razones.

⁴ Índice 67, expediente electrónico.

⁵ En sustento de esta decisión, señaló: «Al respecto, el despacho recuerda que, desde 1915, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de manera reiterada que los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de los actos administrativos generales se retrotraen hasta el momento de su expedición, esto es, que se entiende que esta ha existido desde entonces o desde siempre (ex tunc) . No obstante, también ha definido que los efectos hacia el pasado no comprenden a aquellas situaciones jurídicas consolidadas, que son las que por cualquier circunstancia no admiten más discusiones ante la administración ni ante la jurisdicción; por ello, la nulidad del acto general frente a esas situaciones solo rige desde el momento en el que es declarada y hacia el futuro (ex nunc)».



En primer lugar, explicó que, en los apartes demandados, la Circular Conjunta n.º 074 del 21 de octubre de 2009 le prohibió a las entidades públicas suprimir los empleos reportados en la OPEC, al igual que modificar los manuales de funciones y los requisitos de los empleos.

Adujo que la instrucción contenida en dicho acto administrativo se impartió sin competencia pues, tratándose de las entidades territoriales, la potestad para suprimir los empleos de las dependencias departamentales y municipales está en cabeza de los gobernadores y alcaldes, respectivamente, así como la de señalar las funciones especiales de los empleos que componen sus plantas de personal. De acuerdo con ello, consideró que el procurador general de la Nación y la presidenta de la CNSC no tenían la potestad para prohibirle a dichas autoridades administrativas el ejercicio de una facultad constitucional y legalmente asignada como la que se anotó.

3. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La solicitud que elevó el señor Julio César López Espinosa para que se suspendieran provisionalmente los efectos de las expresiones demandadas se resolvió en forma negativa a través de auto del 29 de marzo de 2016⁶, contra el cual no se interpuso recurso alguno.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. Procuraduría General de la Nación⁷

Esta entidad pública se opuso a la prosperidad de la pretensión de la demanda. Con tal fin, expuso que el demandante no tuvo en cuenta que los numerales 1, 3 y 5 del artículo 277 de la Carta Política, además de los numerales 2, 7, 16 y 36 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, prevén que el procurador general de la Nación puede emitir circulares como la que fue demandada, en el marco de sus funciones.

Igualmente, que de conformidad con el artículo 130 de la Constitución y los artículos 11 (literales a, c y h) y 12 de la Ley 909 de 2004, la CNSC, como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con excepción de las que tengan carácter especial, está facultada para expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera, entre las cuales se encuentra el artículo 14 del Decreto 1227 de 2005, que preceptúa que, una vez iniciadas las inscripciones en las convocatorias a concurso de méritos, solo podrá modificarse el sitio, hora y fecha de estas o de la aplicación de las pruebas. Asimismo, el Acuerdo 23 del 24 de abril de 2008 de la CNSC, que dispuso que una vez publicada la OPEC, solo podrán ser retirados empleos de

⁶ Ff. 44-58, expediente físico cuaderno de medidas cautelares.

⁷ Ff. 36-52, cuaderno físico principal.



dicha oferta hasta un día antes de la fecha prevista para su registro, salvo que exista una orden judicial de por medio.

4.2. Comisión Nacional del Servicio Civil⁸

La entidad afirmó que la demanda no está llamada a prosperar. En sustento de ello aseguró que la Circular Conjunta n.º 074 del 21 de octubre de 2009 fue emitida con la competencia que surge de los artículos 125 y 130 de la Carta, así como del literal h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que le imponen el deber a la CNSC de salvaguardar el mérito en el acceso a los empleos públicos, para lo cual puede emitir circulares instructivas.

Del mismo modo, señaló que el párrafo segundo del artículo 3.º del Decreto 4500 de 2005, preceptúa que la CNSC y las entidades beneficiarias de los concursos de méritos adelantados por esa Comisión, no deben modificar las convocatorias una vez se haya superado el periodo de inscripciones, y a ello respondió la expedición de la circular acusada. En ese sentido, afirmó que dicho acto no lleva implícita una prohibición a las autoridades departamentales y municipales para ejercer las funciones consagradas en los artículos 305 y 315 de la Constitución, y 74 de la Ley 617 de 2000, toda vez que lo único que se buscó fue dar seguridad y certeza a las OPEC certificadas por los jefes de las entidades que participaron de la Convocatoria n.º 001 de 2005.

De otro lado, el apoderado aseveró que el demandante no pretende salvaguardar el ordenamiento jurídico, que es la finalidad del medio de control de nulidad, sino que persigue un beneficio personal, ya que él, cuando fue gobernador del Departamento de Quindío, hizo caso omiso a lo indicado en la circular acusada, profiriendo los Decretos 1231 y 1232 del 22 de octubre de 2010, y 1253 del día 29 del mismo mes y año, mediante los cuales determinó la estructura de la administración pública departamental, la escala salarial de las distintas categorías de empleo y ajustó su planta de personal, respectivamente.

Este actuar estuvo en contravía de las instrucciones impartidas por la Procuraduría y la CNSC, lo que derivó en que muchos ciudadanos que conformaron las listas de elegibles en la Convocatoria n.º 001 de 2005 no fueran nombrados en periodo de prueba, por cuanto la planta de empleos había sido modificada, violando así el principio del mérito y las expectativas legítimas de estas personas.

Expuso que esa situación justificó la imposición de una multa de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes por parte de la CNSC al señor Julio Cesar López Espinosa, a través de la Resolución n.º 0542 del 7 de marzo de 2013, la cual fue demandada por este, junto con el acto que resolvió la reposición, en un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se tramita ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá. De esa manera, la entidad sostuvo

⁸ Ff. 91-102, *ibidem*.



que lo que realmente busca el demandante con una eventual declaración de nulidad de la Circular Conjunta n.º 074 de 2009 es obtener una decisión favorable en el proceso que se adelanta en contra de los actos administrativos particulares previamente aludidos, lo que se constituye en un abuso del derecho de su parte.

5. TRÁMITE DEL PROCESO

Debidamente convocada⁹, el 23 de agosto de 2019 se declaró abierta la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, en desarrollo de la cual el consejero ponente declaró no probada la excepción de «inepta demanda», propuesta por la Procuraduría General de la Nación. Como la decisión fue objeto de recurso de súplica y este se concedió en efecto suspensivo, se dio por terminada la diligencia en espera de la determinación que adoptaran los demás integrantes de la Sala.

El expediente pasó al despacho del magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas, quien manifestó su impedimento¹⁰ para conocer del proceso por configurarse la causal 9 del artículo 141 del CGP.

Por auto del 10 de junio de 2021¹¹, se declaró fundado el impedimento en cuestión y, en providencia del 24 de marzo de 2022¹², se resolvió negativamente el recurso de súplica, con la confirmación del auto que dictó el magistrado sustanciador el 23 de agosto de 2019 durante la audiencia inicial¹³.

Teniendo en cuenta que la audiencia inicial convocada en este proceso no finalizó con la fijación del litigio y el decreto de pruebas, en auto del 9 de junio de 2022¹⁴, el consejero ponente dio aplicación al artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, a efectos de emitir sentencia anticipada.

De acuerdo con ello, decretó como pruebas las aportadas por las partes y procedió a la fijación del litigio en los siguientes términos:

[...] ¿La Circular Conjunta n.º 074 del 21 de octubre de 2009 está viciada de nulidad por falta de competencia en la medida en que, con su expedición, el procurador general de la Nación y la presidenta de la CNSC, reglamentaron un asunto reservado al constituyente, relativo a las atribuciones propias de gobernadores y alcaldes respecto de la supresión de empleos y modificación de los manuales de funciones y requisitos, de conformidad con los artículos 121, 305 (n.º 7) y 315 (n.º 7) de la Constitución, y 74 de la Ley 617 de 2000?
[...]

⁹ La citación a la audiencia inicial se dispuso en auto del 12 de agosto de 2019 (F. 123, cuaderno físico principal).

¹⁰ F. 148, cuaderno físico principal.

¹¹ Índice 52, expediente electrónico.

¹² Ff. 157-166, cuaderno físico principal.

¹³ Debido a la afectación del quorum decisorio, para la toma de estas determinaciones, la Sala se conformó con el consejero que seguía en turno en la Subsección B de la Sección Segunda de la Corporación.

¹⁴ Índice 67, expediente electrónico.



En auto del 25 de julio de la presente anualidad, se corrió traslado para alegar por escrito y para que el Ministerio Público rindiera su concepto¹⁵.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante

No hizo uso de esta oportunidad procesal.

6.2. Parte demandada

Procuraduría General de la Nación¹⁶

La entidad insistió en que debían desestimarse las súplicas de la demanda pues su intervención en la expedición del acto parcialmente acusado tuvo como sustento el artículo 277 de la Constitución Política, que en sus numerares 1, 3 y 5 le asigna al procurador general de la Nación las funciones de vigilar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, defender los intereses de la sociedad y velar por el ejercicio diligente de la función administrativa. Además, señaló que el artículo 7, numeral 7 de la Ley 262 de 2002 le atribuye a dicho funcionario la labor de expedir los actos administrativos, órdenes, directivas y circulares que sean necesarios para el funcionamiento de la entidad y el desarrollo de las funciones atribuidas por la ley.

De acuerdo con lo anterior, resaltó que la Circular Conjunta n.º 074 del 21 de octubre de 2009 no hizo más que indicarle a los representantes legales de las entidades públicas que estaban en la obligación de dar estricto cumplimiento al ordenamiento jurídico vigente, pues la prohibición de suprimir los empleos o modificar sus requisitos y los manuales de funciones y competencias laborales durante el desarrollo de los concursos de mérito busca el respeto de las convocatorias.

Con base en ello, concluyó que el acto demandado es el resultado de la función constitucional a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como ente rector para la administración y vigilancia de la carrera de los servidores públicos, y de la Procuraduría General de la Nación, como vigilante del cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

Comisión Nacional del Servicio Civil¹⁷

Reiteró su oposición a la prosperidad de la pretensión de la demanda, esencialmente, porque ella desconoce la competencia que le asiste a la Comisión Nacional del Servicio Civil para impartir instrucciones en materia de carrera administrativa.

¹⁵ Índice 73, expediente electrónico.

¹⁶ Índice 78, expediente electrónico.

¹⁷ Índice 79, *ibidem*.



Como fundamento de lo anterior, se refirió a la naturaleza de órgano autónomo e independiente que le fue conferida en los artículos 130 Superior y 7 de la Ley 909 de 2004, de donde se desprenden sus funciones como máxima autoridad en materia de administración, vigilancia y control de los sistemas de carrera administrativa. Especialmente, aludió a las labores que le corresponde ejercer por mandato de los artículos 11 (literales c y h) y 12 (literal h) de la Ley 909 de 2004, consistentes en la elaboración de las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera; la expedición de circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa y la toma de medidas a través de las cuales se garantice la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y desarrollo de este tipo de empleos.

Afirmó que estas normas son las que soportan la competencia de la CNSC en la expedición del acto acusado y que, bajo ninguna óptica podría considerarse invadida la facultad que le otorgó el constituyente a los alcaldes y gobernadores pues lo cierto es que las disposiciones que rigen la materia impiden que iniciada la etapa de inscripciones se realicen cambios de fondo relativos a la convocatoria, todo ello con el propósito de salvaguardar la seguridad jurídica, el mérito y la carrera administrativa.

En ese sentido, destacó que los apartes acusados buscaban evitar que el resultado de los concursos de méritos fuera inane fruto de las decisiones adoptadas por el nominador (entidades destinatarias de los concursos) tendientes a la supresión de empleos o a la modificación de sus plantas de personal y sus Manuales Específicos de Funciones y Competencias Laborales. Además, denunció que admitir esta posibilidad quebrantaría la confianza legítima de quienes se inscriben al concurso.

De acuerdo con lo anterior, concluyó que, en virtud de los derechos y principios constitucionales anunciados, la competencia que otorgan los artículos 305 y 315 Constitucionales en sus numerales 7 no es carácter absoluto.

7. MINISTERIO PÚBLICO

Se abstuvo de emitir concepto en este proceso.

8. CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

De conformidad con los artículos 125, 137 y 149 del CPACA, en armonía con los artículos 13 y 15 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019¹⁸, proferido por la Sala

¹⁸ Reglamento Interno del Consejo de Estado.



Plena del Consejo de Estado, esta Subsección es competente para dictar la sentencia de única instancia que en derecho corresponde.

8.2. Problema jurídico

A continuación, la Sala procede a estudiar y resolver el interrogante que se determinó en auto del 9 de junio de 2022, que dispuso darle aplicación al trámite propio de la sentencia anticipada:

¿La Circular Conjunta n.º 074 del 21 de octubre de 2009 está viciada de nulidad por falta de competencia en la medida en que, con su expedición, el procurador general de la Nación y la presidenta de la CNSC, reglamentaron un asunto reservado al constituyente, relativo a las atribuciones propias de gobernadores y alcaldes respecto de la supresión de empleos y modificación de los manuales de funciones y requisitos, de conformidad con los artículos 121, 305 (n.º 7) y 315 (n.º 7) de la Constitución, y 74 de la Ley 617 de 2000?

Tesis de la Sala: La circular demandada no está viciada de nulidad por falta de competencia porque, en lo que se refiere a la CNSC, se expidió en ejercicio de la función que le otorga el literal h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2005, en armonía con el artículo 130 Superior. En cuanto a la Procuraduría General de la Nación, se dictó en uso de las atribuciones que contemplan el artículo 277 Constitucional (numerales 1, 3 y 5) y el artículo 7 (numeral 31) del Decreto Ley 262 de 2000.

Ello sumado al hecho de que las demandadas gozaban de suficiente cobertura constitucional y legal para emitir las orientaciones anotadas pues, al referirse a la prohibición de suprimir empleos o modificar sus funciones hasta tanto no se consoliden y ejecuten los resultados del concurso, la Circular 74 de 2009 se limitó, en estricto sentido, a cumplir un propósito informativo y orientador respecto de la forma en que debía aplicarse el artículo 14 del Decreto 1227 de 2005, vigente para la fecha, en consonancia con los artículos 40-7, 83, 125, 209 y 130 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, no es factible entender que a través del acto parcialmente acusado las entidades demandadas excedieron sus atribuciones en desconocimiento de aquellas que, por disposición constitucional, le asisten a los alcaldes y gobernadores para disponer sobre los empleos de las entidades que representan y determinar sus funciones.

En sustento de esta posición, se desarrollará un marco teórico relativo a (i) la competencia como presupuesto de validez de los actos administrativos; (ii) la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano de administración y vigilancia de la carrera de los servidores públicos; (iii) la expedición de circulares instructivas por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil; (iv) para entonces darle solución al caso concreto.



➤ *La competencia como presupuesto de validez de los actos administrativos*

Para que un acto administrativo sea válido se requiere, entre otras condiciones, que al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia o elemento subjetivo del acto, que se refiere tanto a la institución, entidad u órgano, como al individuo que lo profiere¹⁹.

Así pues, la competencia administrativa se determina a partir de la identificación de funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas, pues no de otra forma se puede delimitar el campo de acción dentro del cual le es dado desenvolverse a una autoridad administrativa.

A efectos de garantizar derechos fundamentales como el debido proceso y la seguridad jurídica, las normas que fijan competencias deben ser expresas, claras y anteriores a la expedición del acto administrativo de que se trate, lo que demuestra la íntima conexión que tiene el concepto objeto de estudio con el principio de legalidad; además, el fundamento constitucional de ambas figuras reside en los artículos 2.^o²⁰, 6.^o²¹, 121²², 122²³ 123²⁴ y 209²⁵ Superiores. Así, la

¹⁹ «Respecto del elemento subjetivo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que el requisito de la competencia del órgano o funcionario como elemento del acto significa que éste debe emanar de un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y dentro de los límites de su competencia (auto de marzo 9 de 1971, Anales de 1971, Tomo 80, página 367). Es, en otros términos, lo que establece nuestra Constitución cuando dispone que no habrá ningún empleo público que no tenga las funciones señaladas por ley o reglamento [Cfr. artículo 122 de la Constitución de 1991]»: Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velásquez, *Causales de anulación de los actos administrativos*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1988, pp. 19-20.

²⁰ CP, art. 2: «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

²¹ CP, art. 6: «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

²² CP, art. 121: «Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley».

²³ CP, art. 122: «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente».

²⁴ CP, art. 123: «Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento [...]».

²⁵ CP, art. 209: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un



competencia implica que quienes ejercen función pública solo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico les permite, al contrario de los particulares, que pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido²⁶.

En este punto, conviene anotar que las normas que deben considerarse a efectos de estudiar la competencia, como presupuesto de validez de los actos administrativos, son aquellas vigentes en el momento de hacer uso de la respectiva facultad de producción normativa²⁷.

Como se puede observar, la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo, debido a que no se afina en su contenido o finalidad, sino en el sujeto que lo expide. Ahora, es importante tener en consideración que la asignación de competencias a la administración pública atiende a diferentes factores que pueden identificarse como el funcional o jerárquico²⁸, el material²⁹, el territorial³⁰ y en algunos casos el temporal³¹.

En ese orden de ideas, dado que la competencia permite que las decisiones de la administración se encuentren revestidas de legalidad, el acto administrativo estará viciado de nulidad en aquellos casos en los que se profiere por un sujeto que carece de capacidad para actuar, esto es, sin una competencia atribuida por el ordenamiento jurídico. Por ello, el artículo 137 del CPACA consagra la falta de este elemento como uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos, el cual, según la jurisprudencia de esta Corporación, es uno de los más graves³² y, por lo tanto, no puede ser saneado³³.

control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley».

²⁶ Cfr. Luis Enrique Berrocal Guerrero, *Manual del acto administrativo*, 7.^a ed., Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2016, p. 120.

²⁷ Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-014 del 21 de enero de 1993 precisó que «[...] la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. [...]».

²⁸ Se refiere al ejercicio de atribuciones según el grado jerárquico que, dentro de la estructura organizacional de la administración pública, ostenta el servidor público o particular investido de funciones administrativas: Cfr. Luis Enrique Berrocal Guerrero, *op. cit.*, p. 127.

²⁹ Supone que el acto administrativo proferido sea el desarrollo de una competencia efectivamente asignada a la autoridad que lo expidió. «Es el *qué* de la competencia»: *Ibidem*, p. 125.

³⁰ Parte de reconocer que debe haber una división del territorio que permita delimitar el espacio geográfico en el que la autoridad administrativa se encuentra habilitada para el desempeño de sus funciones: Cfr. *ibidem*, pp. 124-125.

³¹ Es un parámetro que aplica en determinados casos en los que el ordenamiento jurídico impone un límite de tiempo para que la administración pueda ejercer su poder decisorio: Cfr. *ibidem*, pp. 125-127.

³² Esto, según lo señaló la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo: «La Sala recuerda que la incompetencia del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que corresponden a otra autoridad, es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave que puede ostentar un acto administrativo. Esta circunstancia entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo estado de derecho: el de legalidad» (Negrita propia del texto): Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2011, rad. 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650)..

³³ De acuerdo con lo dicho por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: «[F]rente a vicios o defectos como la inconstitucionalidad, la ilicitud no saneable o absoluta, la desviación de poder y la



➤ *La Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano de administración y vigilancia de la carrera de los servidores públicos*

En el ámbito de la función pública, el concurso de méritos puede definirse como un proceso de selección para el desempeño del empleo público, llevado a cabo con plena garantía de los principios de transparencia, objetividad e igualdad, en el que la escogencia del aspirante que habrá de ocuparlo se realiza exclusivamente³⁴ con base en el mérito, entendido este como el reconocimiento que le corresponde a una persona en razón de las capacidades, competencias y aptitudes que ha demostrado tener para el desempeño del contenido funcional del cargo de que se trate.

Este mecanismo debe utilizarse (i) siempre que se trate de la selección de personal que ha de desempeñar cargos de carrera y (ii) en el caso de empleos públicos de otra naturaleza, cuando la Constitución o la ley no hayan determinado un sistema de provisión distinto³⁵ o cuando expresamente hayan consagrado la aplicación del concurso público de méritos³⁶.

A la luz de lo anterior, la Constitución Política de 1991, en el artículo 130³⁷, dispuso la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil como entidad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con excepción de las de carácter especial previstas en la misma Carta Política³⁸.

falta de competencia no es posible convalidar o remediar el acto viciado o defectuoso»: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de junio de 2004, rad. 11001-03-15-000-1998-0782-01(S-782).

³⁴ Así lo establece el artículo 27 de la Ley 909 de 2004 cuando regula el concurso público de méritos como mecanismo de provisión de los empleos públicos de carrera.

³⁵ Artículo 125 de la Constitución Política.

³⁶ Aunque en principio la naturaleza del cargo público define su forma de provisión en los términos anotados, es factible que en algunos empleos que no son de carrera las vacantes sean provistas a través de la realización de un concurso público de mérito. En otras palabras, a pesar de que este último es el proceso de selección obligatorio para los empleos de carrera, no es exclusivo de estos ya que también es viable que la Constitución o la ley dispongan su aplicación para cargos de otra índole. Se ha abierto paso a esta posibilidad bajo el entendido de que el concurso público es la forma de provisión del empleo que materializa en mayor medida el mérito.

³⁷ «ARTICULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.»

³⁸ Normativa y jurisprudencialmente se ha reconocido la existencia de tres tipos de sistemas de carrera administrativa. Uno de ellos es el general, que se encuentra regulado en la Ley 909 de 2004 y aplica para todos los empleos en carrera administrativa con excepción de los que pertenezcan a los otros dos sistemas, que son los especiales (de origen constitucional) y los específicos (de creación legal). Los primeros tienen su génesis en normas constitucionales que prevén la existencia de un sistema de carrera diferente al general para determinadas entidades estatales, como es el caso de las universidades estatales (art. 69 C.P.), las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (arts. 217 y 218 C.P.), la Fiscalía General de la Nación (art. 253 C.P.), la Rama Judicial (art. 256-1), la Contraloría General de la República (art. 268-10 C.P.) y la Procuraduría General de la Nación (art. 279 C.P.). Por su parte, la creación de los sistemas específicos de carrera corresponde al legislador, quien debe justificar su existencia «[...] en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican [...]» (art. 4 numeral 1 de la Ley 909 de 2004). En sentencia C-1230 de 2005, la Corte Constitucional concluyó que el artículo 130 superior prevé una exclusión de competencia para la Comisión con carácter excepcional y, por ende, de interpretación restrictiva, de manera que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional.



Sobre la naturaleza de la Comisión, interesa destacar con apoyo en el artículo 7 de la Ley 909 de 2004³⁹ que se trata de «[...] un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público [...] dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio [...]», además sus actuaciones se rigen por «[...] los principios de objetividad, independencia e imparcialidad [...]».

Con base en esta caracterización, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que la independencia y autonomía de que goza la CNSC se refleja en el amplio margen de discrecionalidad administrativa y presupuestal con el que cuenta, lo que le permite ejercer las funciones que le han sido asignadas sin injerencia o sujeción a alguna otra autoridad⁴⁰. Esto, pues se ha entendido que son las atribuciones requeridas para que la entidad pueda cumplir de la mejor manera con un fin de la relevancia constitucional como el que le corresponde, consistente en garantizar que el Estado tenga a su servicio a los servidores más capacitados e idóneos para el desempeño de la función pública.

En ese contexto, se ha sostenido que las responsabilidades de administración y vigilancia propias de la Comisión son de naturaleza indivisible, lo que implica que «[...] se trata de dos funciones que se deben ejercer de forma conjunta, inseparable y privativa por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no por otros órganos o entidades estatales [...]»⁴¹.

Ahora, es importante enfatizar en que dicha indivisibilidad se refleja en la titularidad de esas dos competencias, sin que ello signifique que, conceptualmente, se pueden asimilar las nociones de administración y vigilancia pues cada una de ellas tiene una definición independiente y de cada una se desprenden una serie de funciones específicas en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como se observa en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, en los que el legislador decidió consagrar por separado el listado de labores asociadas a estas responsabilidades.

Sobre las expresiones «administración» y «vigilancia», la Corte Constitucional, advirtiendo que se plasmaron como nociones amplias, sin mayores delimitaciones, ha sostenido que se trata de conceptos jurídicos indeterminados que, por lo tanto, permiten que el legislador precise su alcance con un amplio margen de configuración, respetado por supuesto un núcleo duro de significado o contenido mínimo irreductible⁴².

Este último, en relación con la responsabilidad de administración de las carreras administrativas, parte de considerar que el significado que comúnmente se le otorga al verbo administrar en el ámbito jurídico implica «gobernar», «regir», «cuidar» y

³⁹ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1230 de 2005.

⁴¹ *Ibidem*

⁴² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-471 de 2013.



«manejar». De acuerdo con ello, la Corte afirmó que el contenido básico y nuclear de dicha labor se determina con base en los siguientes criterios esenciales:

[...] la *autoridad*, sin la cual, nada se puede ordenar, exigir ni imponer; la *responsabilidad*, para que no se trate de un poder arbitrario; la *independencia*, que le permite, además de ejecutar, disponer y organizar. La generalidad y neutralidad de las reglas y principios que la rigen; la *permanencia*, por la naturaleza de sus fines y la *capacidad* de acción, basada en los medios de los que disponen aquellas personas que, por sus méritos, han sido designadas para ejercer la administración pública [...]⁴³

Visto lo anterior, conviene señalar que, refiriéndose al artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que definió las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relativas a la responsabilidad de administración, la Corte Constitucional señaló que «[...] es el parámetro legal expedido en democracia, para determinar y precisar qué se ha de entender por la competencia de administrar un sistema de carrera administrativa, bajo el orden constitucional vigente [...]»⁴⁴. De acuerdo con ello, el mencionado artículo enlista las siguientes funciones de administración:

- «a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;
- b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;
- c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento;
- d) Establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa;
- e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;
- f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;
- g) Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes;

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-471 de 2013.



- h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;
- i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;
- j) Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;
- k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa.»

De otro lado, la vigilancia es una función que implica el control y la validación sobre la aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa. El artículo 12 de la misma Ley 909, enumeró las funciones que en virtud de dicha responsabilidad se generan para la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los siguientes términos:

- «a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;
- b) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado;
- c) Recibir las quejas, reclamos y peticiones escritas, presentadas a través de los medios autorizados por la ley y, en virtud de ellas u oficiosamente, realizar las investigaciones por violación de las normas de carrera que estime necesarias y resolverlas observando los principios de celeridad, eficacia, economía e imparcialidad. Toda resolución de la Comisión será motivada y contra las mismas procederá el recurso de reposición;
- d) Resolver en segunda instancia las reclamaciones que sean sometidas a su conocimiento en asuntos de su competencia;
- e) Conocer de las reclamaciones sobre inscripciones en el Registro de Empleados Públicos, de los empleados de carrera administrativa a quienes se les aplica la presente ley;
- f) Velar por la aplicación correcta de los procedimientos de evaluación del desempeño de los empleados de carrera;
- g) Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar;
- h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley;



i) Presentar un informe ante el Congreso de la República dentro de los diez (10) primeros días de cada legislatura, o cuando este lo solicite, sobre sus actividades y el estado del empleo público, en relación con la aplicación efectiva del principio de mérito en los distintos niveles de la Administración Pública bajo su competencia.»

Ahora, para que sea lo suficientemente eficaz, la labor de vigilancia debe acompañarse de la asignación de una potestad sancionadora que le permita a la Comisión Nacional del Servicio Civil castigar el incumplimiento de las órdenes e instrucciones que ha impartido en ejercicio de la responsabilidad de administración. Por esta razón, el parágrafo 2.º del mencionado artículo 12 señala que dicha entidad goza de la facultad para sancionar con multa entre 5 y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes a los servidores públicos cuando se compruebe la violación de las normas de carrera administrativa o la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por ella.

➤ *La expedición de circulares instructivas por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil*

De acuerdo con lo anunciado, entre las funciones que le compete ejercer a la Comisión Nacional del Servicio Civil se encuentra la de «[e]xpedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa» de todas las entidades públicas sometidas al régimen general y a regímenes específicos o de creación legal. Esta labor, que se encuentra consagrada expresamente en el literal h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, es una manifestación de la responsabilidad de administración que le fue encomendada a la entidad.

En un contexto jurídico, por «Circular» puede entenderse una comunicación emitida por una autoridad superior a una inferior respecto de un determinado tema, con el propósito específico de transmitir instrucciones y decisiones a través de las cuales se expone el criterio jurídico o la interpretación de dicha autoridad frente a las normas que le corresponde aplicar en ejercicio de sus funciones⁴⁵. Se trata de instrumentos jurídicos que, sin tener las características propias del reglamento, expresan una manifestación general de la administración con carácter obligatorio para sus destinatarios.

En tales condiciones, las circulares, junto con otros actos de la administración como memorandos, directivas, instructivos y demás mecanismos similares, se enmarcan dentro de lo que la jurisprudencia y doctrina administrativa francesa denominan *les mesures d'ordre interieur* o medidas del orden interior, que en la doctrina anglosajona se conoce como «*soft law*» o «derecho blando»⁴⁶. En cuanto a este

⁴⁵ Cfr. Concepto emitido por el Archivo General de la Nación, consultado en <https://normativa.archivogeneral.gov.co/inicio/circulares/> el 18 de marzo de 2022.

⁴⁶ En nuestro medio algunos doctrinantes incluyen estas medidas dentro del denominado «derecho blando». Cfr. ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ, *Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los*



concepto la mayoría de la doctrina coincide al señalar que son actos de la administración que reflejan el poder jerárquico que tiene aquella frente a sus empleados o incluso frente a otras entidades que, de una u otra forma, se encuentran bajo su mando, lo que le permite ejercer facultades de instrucción a través de la expedición de documentos en los que se imparten indicaciones sobre la forma en que deben interpretarse y aplicarse determinadas normas jurídicas en esa órbita.

De acuerdo con ello, este tipo de disposiciones, que aunque están llamadas a generar efectos en *ad intra* son de carácter general y abstracto, unifican un criterio respecto del alcance que ha de otorgársele al derecho positivo al interior de la entidad o en el conjunto de entidades que integran la estructura subordinada en el que la autoridad superior ejerce el poder de instrucción, ello con el fin de lograr que las decisiones que se adopten sobre la materia en cuestión resulten armónicas y coherentes entre sí.

Sobre el concepto objeto de estudio, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

[...] Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad [...]⁴⁷

Siendo esta la naturaleza de las disposiciones de derecho «blando», es claro que ellas deben limitarse en estricto sentido a cumplir un propósito informativo y orientador respecto de la norma de derecho «duro» que las inspira, de lo que se sigue inexorablemente la imposibilidad de que vulneren disposiciones constitucionales, legales e incluso reglamentarias pues, con ello, estarían encarnando el papel de fuente formal del derecho que en modo alguno les está dado.

Es importante señalar que las características que definen este tipo de actos, llevaron a pensar durante mucho tiempo que, como no podían comprometer los

efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 69.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-487 de 1996.



derechos de las personas, su control judicial resultaba innecesario⁴⁸. Así pues, en nuestro medio, durante la vigencia del Código Contencioso Administrativo (CCA) y los primeros años del CPACA, esta Corporación (Sección Primera) mantuvo una línea jurisprudencial constante, que indicaba la procedencia restringida del control judicial sobre circulares y otros instrumentos similares, el cual estaba sujeto a la condición de que la medida demandada revistiera el carácter de acto administrativo, entendido este como manifestación de voluntad de la administración dirigida a producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica⁴⁹.

Bajo esta línea jurisprudencial, aquellas medidas emanadas de autoridades administrativas, que no fueran genuinos actos administrativos, no podían ser controladas judicialmente y, por lo tanto, las demandas que pretendieran su nulidad debían ser rechazadas e incluso, en ciertos casos, derivaban en fallos inhibitorios.

No obstante, en sentencia del 27 de noviembre de 2014⁵⁰, la Sección Primera del Consejo de Estado cambió la línea jurisprudencial vigente hasta esa fecha respecto del control restringido de esos actos internos de la administración, con la premisa de que el CPACA introdujo una modificación en el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en su artículo 103⁵¹, sobre la finalidad expresa que tiene esta de preservar el orden jurídico (que no estaba señalada claramente en el artículo 82 del CCA⁵²), y además en el artículo 104⁵³, que consagró que esta jurisdicción conocerá de las controversias y litigios originados en «actos» sujetos al

⁴⁸ Cfr. ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ, *Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 69-70.

⁴⁹ Cfr. CE, Sec. Primera, Sent., rad. 52361, feb. 3/2000; Auto, rad. 6375, feb. 1/2001; Sent., rad. 11001-03-25-000-2005-00285-00, mar. 19/2009; Sent., rad. 11001-03-24-000-2007-00193-00, jul. 18/2012; Sent., rad. 11001 0324 000 2009 00614 00, feb. 28/2013; y Sent., rad. 11001-03-24-000-2006-00105-00, nov. 21/2013.

⁵⁰ Cfr. CE, Sec. Primera, Sent., rad. 05001 23 33 000 2012 00533 01, nov. 27/2014.

⁵¹ CPACA, art. 103: «Objeto y principios. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y **la preservación del orden jurídico** [...]». (Negrita fuera de texto).

⁵² CCA, art. 82: «Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional».

⁵³ CPACA, art. 104: «De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados **en actos**, contratos, hechos, omisiones y operaciones, **sujetos al derecho administrativo**, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa [...]». (Negrita fuera de texto).



derecho administrativo (y en este sentido no exclusivamente a «actos administrativos», tal y como lo disponía el artículo 83 del CCA⁵⁴).

De acuerdo con la providencia mencionada, la línea jurisprudencial que restringía el control judicial sobre circulares, directivas, memorandos, etc., establecía un ámbito exento de control para la actuación de la administración pública, lo cual no se acompasa con la idea de un Estado social de derecho en el que las autoridades deben respetar el principio de legalidad (o de juridicidad en sentido amplio). De allí que, hoy en día, no resulte plausible cuestionar la procedencia del control judicial respecto de memorandos, circulares, directivas y otros instrumentos de «derecho blando», que aparezcan como una manifestación del poder jerárquico de la administración.

Finalmente, cabe señalar que, como la Comisión Nacional del Servicio Civil es un órgano autónomo e independiente, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, que no hace parte de ninguna de las ramas del poder público, la potestad de instrucción y orientación a su cargo no descansa en el artículo 41⁵⁵ de la Ley 489 de 1998, como sucede tratándose de los organismos y entidades que integran la rama ejecutiva. En su caso, el título habilitante para que su representante expida normas de derecho «blando» para la correcta aplicación de los preceptos que regulan la carrera administrativa lo constituye el referido artículo 11 de la Ley 909 de 2004, literal h).

➤ *Caso concreto*

El acto parcialmente acusado en el *sub examine*, fue expedido por la Procuraduría General de la Nación y la Comisión Nacional del Servicio Civil. A continuación se transcribe su contenido, resaltando en negrita los apartes que estarían viciados de nulidad según el señor Julio César López Espinosa.

[...]

CIRCULAR CONJUNTA 74 DE 2009

(Octubre 21)

DE: Representantes Legales de las entidades públicas del orden nacional y territorial y sus entes descentralizados, a quienes se aplica la Ley 909 de 2004. Procuradores Regionales y Provinciales Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-.

⁵⁴ CCA, art. 83: «Extensión del control. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto».

⁵⁵ «Artículo 41.- Orientación y control. La orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponden al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo.

En el orden nacional, los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente.»



PARA: Representantes Legales de las entidades públicas del orden nacional y territorial y sus entes descentralizados, a quienes se aplica la Ley 909 de 2004. Procuradores Regionales y Provinciales.

ASUNTO: Obligación de los Representantes Legales de las Entidades Públicas de Reportar la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-.

FECHA: 21 de octubre de 2009.

En cumplimiento al mandato constitucional contenido en los artículos 125 y 130, que disponen la provisión de empleos a través de procesos de selección por mérito a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y en desarrollo del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que asigna a ésta funciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera y en ejercicio de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación, se les solicita a los representantes legales que aún no han enviado o no han actualizado la información relativa a la oferta pública de empleos de carrera -OPEC-, reportarla a la CNSC, al igual que la relativa a los empleos que se encuentren en vacancia definitiva, incluidos los provistos a la fecha con nombramientos provisionales, indicando en este último caso, el día de posesión de los servidores que las ocupan.

El envío de la información requerida debe hacerse a través del aplicativo dispuesto para tal fin en la página de la Comisión www.cnsc.gov.co, a más tardar el día 7 de diciembre de 2009.

Cabe anotar que las entidades **no podrán suprimir empleos** reportados y que hayan sido ofertados a los aspirantes, **ni podrán modificar los manuales de funciones y requisitos de los mismos** antes de su provisión y hasta cuando el servidor nombrado supere el periodo de prueba, o que no existan más aspirantes en la lista de elegibles.

Se recuerda que la omisión de esta obligación legal puede acarrear sanción disciplinaria al representante legal o quien haga sus veces, en aplicación del Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002.

Las Procuradurías del nivel territorial, en ejercicio de su función de control preventivo de gestión, desarrollarán las acciones pertinentes para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente circular» [...] (Negrita fuera de texto).

A juicio del demandante, esta circular es parcialmente nula porque, con la prohibición de suprimir empleos reportados en vacancia definitiva y ofertados en concurso, así como de modificar el manual de funciones y competencias laborales hasta que el servidor nombrado supere el periodo de prueba o no existan más aspirantes en la lista de elegibles, el procurador general de la Nación y la presidenta de la CNSC excedieron sus competencias al limitar el ejercicio de la facultad constitucionalmente asignada a los alcaldes y gobernadores para suprimir los empleos de sus dependencias y señalar sus funciones especiales.

Lo primero que hay que señalar en torno a este reproche es que, estrictamente en lo que se refiere a la competencia frente a la expedición de la circular acusada, tanto la CNSC como la Procuraduría General de la Nación tenían la facultad para



dictar conjuntamente un acto de naturaleza instructiva en relación con la obligación, aplicable a las entidades sometidas al sistema general de carrera administrativa, consistente en reportar la OPEC, al igual que con la prohibición de suprimir empleos ofertados o modificar los manuales de funciones y competencias laborales hasta cuando el servidor nombrado supere el periodo de prueba o no existan más aspirantes en la lista de elegibles.

El ejercicio de tal atribución por parte de la Procuraduría General de la Nación se fundamentó en las potestades que le otorga el artículo 277 Superior al jefe máximo de dicho organismo, específicamente las consagradas en sus numerales 1, 3 y 5, que en su orden, se refieren a las labores de vigilancia frente al cumplimiento del ordenamiento jurídico colombiano; de defensa de los intereses de la sociedad; y de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

Aparte de las contempladas en dicha norma, al procurador general le corresponde ejercer las demás funciones que señale la ley (numeral 10 *ibidem*). Sobre el particular, el Decreto Ley 262 de 2000⁵⁶ dispone en su artículo 7, numeral 31, que aquel servidor tiene el deber de «Expedir, como supremo director del Ministerio Público, las directivas y circulares que resulten conducentes para el ejercicio de las funciones públicas y para prevenir la comisión de faltas disciplinarias por parte de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan función pública». Estos preceptos enseñan que la circular demandada, en lo que hace a este órgano de control, se profirió en desarrollo de la función preventiva que le fue atribuida, buscando evitar la transgresión de las normas que regulan el desarrollo de los concursos de mérito y, con ello, el incumplimiento de deberes o el desconocimiento de prohibiciones que pudieran llevar a la comisión de faltas disciplinarias.

Por su parte, la competencia de la Comisión resulta expresa del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que consagra, como una de las funciones propias de administración de la carrera, la de proferir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan dicho sistema. En este caso particular, las orientaciones se impartieron respecto del deber de actualización y envío de la información relativa a los empleos de carrera en vacancia definitiva (OPEC), y la prohibición consistente en que las entidades «[...] no podrán suprimir empleos reportados y que ya han sido ofertados a los aspirantes, ni podrán modificar los manuales de funciones y requisitos de los mismos antes de su provisión y hasta cuando el servidor nombrado supere el periodo de prueba, o que no existan más aspirantes en la lista de elegibles».

Visto lo anterior, para la Sala no cabe duda que la expedición de la Circular Conjunta 74 de 2009 materializa una norma de derecho blando que refleja el poder jerárquico que de la CNSC y de la Procuraduría General de la Nación respecto de

⁵⁶ «Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.»



las entidades y funcionarios sometidos al sistema general de carrera, con el fin de impartir indicaciones sobre la forma en que deben aplicarse las normas por las que se rige aquel sistema y, particularmente, algunos de los deberes de las entidades beneficiarias del proceso de selección de cara a la planeación y el desarrollo de los concursos de mérito.

Se concluye entonces que, en cuanto se refiere a la Comisión, el texto demandado se expidió con sujeción a la competencia otorgada por el literal h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2005, en armonía con el artículo 130 Superior, y frente a la Procuraduría General de la Nación, con apoyo en el artículo 277 Constitucional (numerales 1, 3 y 5), al igual que en el artículo 7 (numeral 31) del Decreto Ley 262 de 2000.

Ahora, para el demandante lo dispuesto en los apartes acusados desbordó la competencia que le asistía a estas entidades pues, por esa vía, limitaron el ejercicio de la atribución que constitucionalmente le fue asignada a los alcaldes y gobernadores para disponer sobre los empleos que conforman la planta de personal de la entidad y para definir sus funciones específicas.

Efectivamente, como lo indica el demandante, por disposición expresa de la Constitución Política, numerales 7 de los artículos 305 y 315, en el caso de las entidades territoriales, los mandatarios locales tienen la labor de expedir los manuales de funciones y competencias laborales, así como de suprimir, fusionar o crear los empleos del respectivo organismo. Ahora, ello no significa que le asista razón en cuanto al reproche por las prohibiciones a que alude la circular pues lo cierto es que, al constatar si las demandadas gozaban de una cobertura normativa para emitir las orientaciones anotadas, se observa que, en efecto, se encontraban provistas de un respaldo constitucional y legal.

En efecto, al estudiar la Norma de Normas se observa que el sustento normativo de la prohibición es abundante y de la mayor trascendencia según los fines y principios a partir de los cuales se diseñó nuestro modelo de Estado y, particularmente, el concepto de función pública. Así, la restricción contenida en la circular objeto de estudio, se justifica principalmente en los siguientes postulados de orden superior:

- El principio del mérito (art. 125 C.P.), pues un cambio intempestivo en el contenido funcional del empleo ofertado o en la disponibilidad de la plaza misma, desvirtúa el derecho que tienen los administrados a que el acceso, la permanencia y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se determinen por la demostración permanente de sus calidades académicas, experiencia y competencias requeridas para el desempeño de los empleos (art. 28, lit. a) Ley 909 de 2005).
- La seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima (art. 83 *ibidem*), que se verían ultrajadas si se desconoce la convicción que se genera en los



concurantes en el sentido que tanto la CNSC como la entidad beneficiaria del concurso se acogerán a las reglas que se comprometieron a respetar y por las que habría de regirse el proceso de selección, entre las cuales están incluidas el número de plazas ofertadas y las funciones de los empleos.

- La moralidad y la transparencia (art. 209, *ib*), pues los cambios sustanciales en las condiciones del concurso cuando ya ha comenzado empañan su legalidad con un procedimiento que se torna engañoso para sus participantes.
- El derecho al debido proceso (art. 29 *ib*), cuya manifestación en el concurso de méritos supone que, previo a la selección de los concursantes que califiquen para acceder al empleo, se hayan establecido las normas que han de regir todas las actuaciones de la administración, de las entidades contratadas y de los participantes; y que aquellas se respeten y observen a cabalidad. De allí que las modificaciones sustanciales que se presenten a lo largo del proceso de selección comporten la afectación de aquel derecho.
- El derecho constitucional de acceso a cargos públicos (art 40-7 *ib*.) pues dentro de su ámbito de protección se ha reconocido el derecho a la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, así como la prohibición de establecer requisitos adicionales para tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos⁵⁷.

Ahora, a nivel legal, los apartes de la circular demandada tienen sustento en el artículo 14 del Decreto 1227 de 2005⁵⁸, vigente para la fecha de expedición de la circular⁵⁹, el cual prohíbe la modificación sustancial de la convocatoria una vez iniciada la etapa de inscripciones.

En este punto, resulta conveniente hacer varias precisiones en torno a la convocatoria. En primer lugar, cabe recordar que se encuentra consagrada como la primera etapa del concurso y se materializa en un acto administrativo que reúne todas las reglas por las que ha de regirse el proceso de selección por mérito. Entre los aspectos que, como mínimo⁶⁰, debe contener se encuentran: la identificación del empleo (denominación, código, grado salarial, asignación básica); el número de empleos por proveer; su ubicación; funciones y el perfil de competencias requerido en términos de estudios, experiencia, conocimientos, habilidades y aptitudes. Esta consideración resulta de la mayor relevancia pues, debido a que esa información reposa tanto en la OPEC como en el manual de funciones y competencias laborales

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-339 de 2011.

⁵⁸ «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.»

⁵⁹ Actualmente, esta norma se encuentra reproducida en el artículo 2.2.6.4 del Decreto 1083 de 2015«Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.»

⁶⁰ Sobre el particular, puede consultarse el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005, vigente para la fecha de expedición de la circular demandada y que se encuentra hoy reproducido en el artículo 2.2.6.3. del Decreto 1083 de 2015.



de cada entidad, estos instrumentos se incorporan en la convocatoria como parte integral de la misma.

Asimismo, es importante anotar que la expedición de la convocatoria le corresponde a la CNSC, sin embargo, la entidad beneficiaria del concurso debe hacerse partícipe del proceso que conduce a que se profiera aquel acto, adelantando todas las gestiones pertinentes para que, en un marco de cooperación interinstitucional, pueda efectuarse la selección de los concursantes, lo que implica para dicha entidad, entre otras cargas, hacer el reporte de la OPEC conforme las vacantes existentes y el manual de funciones y competencias laborales vigente.

En este sentido, la convocatoria se convierte en la norma reguladora del concurso y tiene carácter obligatorio para la CNCS, para la entidad beneficiaria del concurso, para las entidades contratadas a efectos de su realización y para los participantes⁶¹. Además de su obligatoriedad, la convocatoria se caracteriza por su inmodificabilidad pues, una vez iniciada la etapa de inscripciones, solo pueden cambiarse aspectos no sustanciales como la fecha, el sitio y la hora de inscripciones y pruebas.

Sobre el particular, el mencionado artículo 14 del Decreto 1227 de 2005 disponía:

«Artículo 14. Antes de iniciarse las inscripciones, la convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual deberá ser divulgado por la entidad que adelanta el proceso de selección.

Iniciadas las inscripciones, la convocatoria solo podrá modificarse en cuanto al sitio, hora y fecha de recepción de inscripciones y aplicación de las pruebas, por la entidad responsable de realizar el concurso. Las fechas y horas no podrán anticiparse a las previstas inicialmente en la convocatoria.

Las modificaciones respecto de la fecha de las inscripciones se divulgarán por los mismos medios utilizados para la divulgación de la convocatoria, por lo menos con dos (2) días de anticipación a la fecha de iniciación del periodo adicional [...]» (subraya fuera del texto original)

Aunque en principio esta norma se dirige expresamente a la CNSC, como entidad encargada de expedir el acto de convocatoria, debe entenderse que su contenido también es vinculante para la entidad que va a proveer los cargos pues, como se explicó, la OPEC y el manual de funciones y competencias laborales, que son de exclusiva responsabilidad de la empleadora, hacen parte del contenido sustancial de aquel acto, luego abierta la etapa de inscripciones no pueden ser objeto de modificaciones directamente por la Comisión ni por actos de la beneficiaria del concurso que indirectamente terminen repercutiendo en las condiciones de la convocatoria.

⁶¹ Sobre el particular pueden consultarse los artículos 31, numeral 1, de la Ley 909 de 2004 y el 13 del Decreto 1227 de 2005, último cuyo contenido se incorporó en el Decreto 1083 de 2015, en su artículo 2.2.6.3.



Sobre las repercusiones que conllevan los cambios intempestivos de las reglas del concurso de méritos, la Corte Constitucional ha señalado:

[...] el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 22 C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación [...]»⁶²

Visto lo anterior, resulta claro que la regla contenida en el citado artículo 14 es una de las formas en que se materializa el amparo de los principios y mandatos constitucionales anotados en precedencia, protección con la que armoniza el artículo 40 del mismo Decreto 1227 de 2005 que busca la salvaguarda del empleado que, habiendo superado el concurso, ha sido nombrado en periodo de prueba al precisar que «[...] tiene derecho a permanecer en el cargo por el término de este, a menos que incurra en falta disciplinaria o causa legal que ocasione su retiro. Durante este período no se le podrá efectuar ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las indicadas en la convocatoria que sirvió de base para su nombramiento o ascenso [...]».

Visto lo anterior, es plausible concluir que, al analizar si, a través de la circular parcialmente acusada, las entidades demandadas excedieron sus atribuciones por desconocimiento de la potestad que le asiste a los alcaldes y gobernadores de disponer sobre los empleos de las entidades que representan y definir sus funciones, la respuesta es negativa pues lo cierto es que ninguna competencia que se le conceda a una autoridad estatal comporta facultades absolutas o irrestrictas. Por el contrario, su alcance y ejercicio debe responder a la lectura armónica del texto constitucional, conjugándose con los principios que este consagra y con las demás competencias reconocidas a favor de otras autoridades del Estado.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2007.



En ese sentido, al referirse a la prohibición de suprimir empleos o modificar sus funciones hasta tanto no se consoliden y ejecuten los resultados del concurso, los apartes demandados se limitaron, en estricto sentido, a cumplir un propósito informativo y orientador respecto de la forma en que debía aplicarse el artículo 14 del Decreto 1227 de 2005, vigente para la fecha, en aras de respetar las normas constitucionales que consagran el principio del mérito (art. 125 Superior); la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima que se genera en los concursantes (art. 83 *ibidem*); los principios de moralidad y eficacia por los que se rige la función administrativa (art. 209 *ib.*); la garantía de transparencia y el derecho constitucional de acceso a cargos públicos (art 40-7 *ib.*); al igual que las competencias asignadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil en materia de administración del sistema de carrera administrativa (art. 130 *ib.*).

En conclusión, la Procuraduría General de la Nación y la CNSC actuaron dentro de sus competencias constitucionales y legales al expedir la Circular Conjunta 74 del 21 de octubre de 2009, impartiendo instrucciones sobre la correcta aplicación de la normatividad vigente en materia de concursos de mérito.

9. DECISIÓN

Por las anteriores consideraciones, se denegará la pretensión de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, instauró el señor Julio César López Espinosa en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Procuraduría General de la Nación.

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

FALLA

Primero: Denegar la pretensión de nulidad parcial formulada en el presente medio de control respecto de la Circular Conjunta n.º 074 del 21 de octubre de 2009, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Segundo: Reconocer personería al abogado Carlos Yamid Mustafá Durán, identificado con cédula 13.511.867 y tarjeta profesional 123.757 del C. S. de la J., para que ejerza la representación judicial de la Procuraduría General de la Nación en el presente proceso, en los términos y según las facultades conferidas en el poder que obra en el índice 78 del expediente electrónico.

Tercero: Reconocer personería a la abogada Mónica Amparo Mantilla Navarrete, identificada con cédula 52.454.477 y tarjeta profesional 127.892 del C. S. de la J.,



para que ejerza la representación judicial de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el presente proceso, en los términos y según las facultades conferidas en el poder que obra en el índice 79 del expediente electrónico.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático Samai de esta Corporación.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
(Con impedimento)

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

