



LUCIONES

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.-

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015).-

Radicado No.: 110010325000201000286 00.

No. Interno: 2360-2010.

Actor: Alberto Mario Gutiérrez Miranda y Otros

Demandada: Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

Trámite: Acción de Nulidad / Fallo de Única Instancia / Decreto 01 de 1984.

Asunto: Publicidad de actos generales / Facultad permanente de la CNSC para adelantar concursos de mérito / Prohibición de inscripción automática en la carrera administrativa.-



Ha venido a la Sala el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 3 de febrero de 2015¹, informando que el proceso se encuentra para fallo.

I. LA DEMANDA.-

Los ciudadanos Alberto Mario Gutiérrez Miranda, Esmeralda Verónica Castrillo Niebles, Evelin Geoconda Macias Saltos, Felicia Castaño González, Félix Enrique Rudas Ruquett, Yasmina Rivera Herrera, Zamira Elena Aljure de la Rosa, Aristóteles de Jesús Barraza Teran, Luis Alberto Lejarde Barrasa, Magalis Hernández Hurtado, Mónica Farides Vizcaíno Pacheco, Wulfredo Rafael Meza Galindo, Walter Eugenio Pérez Torrenegra, Elicerio Méndez Murcia, Luz Mireya Cabrera Vargas, Pablo Alfonso Gordillo Guzmán, Ana María Oñate Cuello, María Eugenia Vanegas Armenta, Indhira del Rosario Gómez Bermúdez, Rogers de Jesús Bravo Picaza, Jorge Hernando Collazos Polanía, Mercedes Molina Gutiérrez, Oliva Panzón Puentes, Rosa Isabel Olivero Ochoa, Zoila Beatriz Olivero de López, Clara Patricia Carrillo Caicedo, Ismael Jaimes Hernández, Ramón Montaguth, Alicia Leal Sierra, Judith del Carmen Contreras Rubio, Luis Aníbal Cabrejo Vásquez, Martha Isabel Mora Cruz, Alix María Figueroa Pinto, Aura

¹ Folio 2523 del cuaderno principal del expediente.



Alicia Orozco García, Cecilia Rocío Román Zafra, María Elena Rangel Dávila, Pedro Antonio Hernández Goyeneche, Eddy Esther Prieto, María Milman Melo Rodríguez, María Concepción Contreras Díaz, Silvia Rondón Quintero, Carmen Edilia Peñaloza Cárdenas, Claudia Mercedes Capacho Gómez, Teodolinda Villamizar, Ligia María Jiménez Mora, Omar Cáceres Latorre, Hugo Antonio Navarro Duarte, María Belén Paredes Guerrero, Luis Antonio Serrano Vera, Luz Margarita Ortiz Caicedo, Omaira Mercedes Jiménez Pabón, Ana Isabel Leal de Chona, Belén Esther Arana Navas, Carmen Amelia Montes Cañas, Hercilia Garay León, Hilda Rosa Peñaloza Guerrero, María Duran Palencia, María Brígida Sánchez Rojas, Mariela Alza Santamaría, Martha Isabel Díaz Díaz, Myriam Gaitán Flórez, Nohemy Ortega Celis, Nuria Mercedes Navas Peñaranda, Ruth María Pérez Guerrero, Teresa Ramírez Uribe, Teresa Yáñez Sánchez, Aura Jaimes Acevedo, Francelina Jaimes Hinestroza, Luis Jairo Mora barrera, Nohemí Pérez Melo, Zenaida Duran Álvarez, Ana Judith Carrillo Caranton, Anadelina Peña Morales, Carlos Ciro Sanabria Ruiz, Erasmo Castañeda Páez, Cenen Alvarado Alvarado, Jairo Sánchez Valderrama, Luis Alfredo Vega Mecon, María Del Carmen Malaver Solano, Víctor Julio Sánchez Mora, Jesús Antonio Olivares Cifuentes, Nelson Enrique Hernández Pérez, Rubiela Barbosa Hincapié, Yaned Pérez Velandia, Héctor Emiro Muñoz Ocampo, Amelia Rodríguez Pardo, Cesar Francisco Páez Arteaga, Lucila Romero Mejía, Reinaldo González Almeida, Emelly Amparo Ramírez Valbuena, Esperanza



Rojas Díaz, Ivonne Andrea Rincón Rueda, Josefina Rodríguez Vergara, Manuel Cueto Barragán, Norma Lucila Niño Lozano, Pedro Antonio Barajas Barajas, Yolanda Sánchez Lizarazo, Ana Myriam Aguilar Prieto, Luis Enrique Jaimes Herrera, Diocelina Pabón González, Mayerly Chaparro Díaz, Desiderio Sierra Bermúdez, Hernando Marín García, Carlos Eduardo Forero Panzón, Gloria Marlen Pardo Pardo, Marco Aníbal Acero Martínez, Olga Amanda Bravo Prieto, Pedro Nel Cubides Cuadrado, Yamile Ovalle Ríos, Dora Ángela Cancino Calderón, Jeivy Lizeth Espinosa Gualdron, Libardo Guevara Ballesteros, Libardo Santana Blanco, Lidia Fabiola Ramón Oses, Nancy Sánchez Santos, Teresa Luz Mery Mateus Quiroga, Romel Suárez Cristancho, Aquilino Borda Quintero, Octavio Torres Rincón, Raúl Eduardo Patiño Díaz, Cristina Rodríguez Gutiérrez, Mirtha Arias, Nibia Peralta Reina, Saturia Rivas Alcali, Luis Eider Soto Escobar, Henry Cubillos Padilla, Rodrigo Garzón Aguilar, Romelia Forero Galvis, Emperatriz Díaz Rodríguez, Flor Alba Vásquez Huepo, José Manuel Ortiz Ramírez, Luz Marina Castro Cuellar, Marco Antonio Ramírez Jiménez, Miriam Yanet Chavarría Guerrero, Misael Forero García, Myriam García Bernal, Rigoberto Salinas Salinas, Ana Sofía Prado Trujillo, Dirley Tascon Cañaverl, Aura María Perlaza Grueso, Azarias Alomía Riascos, Candelario Caicedo Mosquera, Epifania Olave, José del Carmen Angulo Aramburo, Julieta Posso Barbosa, Manuel Bedoya Martínez, Manuel Vicente García Aramburo, María Eugenia Ruiz Gamboa, María Stella Valencia Córdoba, Sandra Milena Arboleda



Caicedo, Sandra Patricia Cuero Camacho, Yaneth Renteria, Javier Jaramillo Carvajal, Julio César Lozano Mejia, Adiel Preciado Angulo, Agustín Álvarez Cabrera, Alexander Solano Villamarín, Ana Doris Ortiz Ortiz, Blanca Libia Díaz Otalora, Blanca Nubia Murillo Ortiz, Carlos Arturo Yangana, Carlos Fernando Mezu Mosquera, Carlos Fernando Murillo Ortiz, Carmen Dalila Gómez Luna, Deyanira Tenorio Figueroa, Edgar Arbeláez Arbeláez, Esther Julia Echeverry Herrera, Fabiola Salazar Ciendua, Flor Bioledy Cardona Apolinar, Flor Derly Murillo Ortiz, Francia Ruby Leiton González, Gloria Patricia Romero Garcés, Guido Morales, Herla Milena Tenorio Figueroa, José Fernando Salazar Bolaños, Juan Manuel Lozano Hoyos, Liz Ximena Rodríguez García, Lorena Almario Estupiñán, Luis Andrés Riaños Rivera, Luís Arturo Rosero, Luís Fernando Alomía Santamaría, María Carlina Molina Ramos, María del Carmen Godoy Garzón, María Fernanda Bolaños Claros, Maricielo Medina Agredo, Marina Stella Salguero Coronado, Melfy González Mendoza, Myriam Pabón Astudillo, Noe Estupiñán Bustos, Omaira Sánchez Anchico, Óscar Panesso Valencia, Rocío Betancourt de Ortiz, Stella Prado Perlaza, Viviana Ruiz García, Adriana Andrade Espinosa, Ángela María Lozano Sánchez, Ángela Patricia Bonilla Ospina, Claudia Patricia Caicedo, Dorian Janeth Barrios Suárez, Juan Carlos Ceron Paruma, Luz Marina Manzano Rodríguez, Patricia Murillo Gómez, Sonia Quebradas Jiménez, Yenny Leiby Rosero Espinosa, Aída Patricia Collazos García, Francisco Javier Sánchez Espinal, María del Mar Peña García, Martha Liliana



Borrero Tamayo, Patricia Villada Londoño, Arístides González Ruiz, Francisco Javier Medina Salgado, Luz Fasdy Velasco Pino, Luz Mila González Ocampo, Mario Fernel Triana Velásquez, Samaira Carabalí Franco, Carlos Alberto García Gómez, Carmen Dolores López Cortes, Gloria Cecilia Marín Vélez, José Fernando Moncada Fajardo, Óscar Fernando González Tamayo, Piedad Cristina Quintero Ayala, Edison García Martínez, Jorge Luis Bermúdez Camacho, Ana Milena Sánchez Benavides, Lina María Valencia González, Marysol Daza Rodríguez, Ana Rosa Trujillo Satizabal, Aura Rosa Pareja Muñoz, Gloria Milena Gutiérrez Jaramillo, Jesús Arley Mazorra Girón, María Inés Arias Arias, Mauricio Valencia García, Sandra Isabel Betancourt Ríos, Yulady Cabrera Marín, Blanca Edith Prado Escobar, Catherine Mejía Vélez, Claudia Viviana Correa Moreno, Gerardo Antonio Gómez Ortiz, Luz Marina Giraldo Granada, Margoth del Carmen Valencia Valencia, Martha Lucia Córdoba Lozada, Albeiro de Jesús Galeano Acevedo, Alejandrino Palacios Orozco, Eccehomo Escobar Loaiza, María Mercedes Vargas Rodríguez, María Nancy Rodríguez, Marilu Castañeda Puertas, Angélica María Marmolejo, Huberney Varela Oliveros, Liliana Gálvez Sánchez, Luz Edilma Moreno Sierra, Maida Viviana Rojas Martínez, María Claudia García Figueroa, María Trinidad Reyes García, Ofir Quevedo Aguado, César Tulio Orta Aranda, Sigifredo Salazar Ospina, Neyla Cecilia Rodríguez Ruiz, Nerly Rentería González, Ketty del Carmen Coneo Medina, Adib Segundo Chalabe González, Carmenza Holguín Gutiérrez, Hernán de Jesús



Uribe Castro, Marina Garzón Medina, Luis Carlos Andrade Soto, Marina Matamba Ortiz, Elizabeth Ortiz Lasso, Bernardo Varela Clavijo, Jair Antonio Camelo Gutiérrez, Joan Enrique Roldan Hernández, Julio César Díaz, Álvaro de Jesús Zapata Ospina, Ederman José Luquez Díaz, Óscar Orlando Pinilla Mantilla, Yanet del Carmen Angarita Bayona, Carmen Aurelia Lagos Osorio, Luís Jaime Mendoza Mejía, Edgar Balanta Viveros, Martha Inés Martínez Pumarejo, William Nelson Rincón Criado, Ricardo Martínez Caicedo, Didimo Enrique Maldonado Camacho, Omaira Esmeralda Nava Correa, Henry Orlando Orozco Hernández, Nalda Leonor Peñaloza Correa, Nelcy Astrid Orozco Hernández, José Ernesto Mejía Montañés, Víctor Hugo Moncada Hernández, Elicenio Garay León, Gloria Estela Rangel Calderón, Jacinta Heredia, Luz Elsa Tamayo Camacho, Edilma Lozano Quimbayo, Floralba Ferrer Gómez, Alexander Julián Téllez Restrepo, Anselmo Tascon Jaramillo, Bernardo Palacio Montes, Gerardo Alfonso Martínez Parra, Javier Cerezo Patiño, Alicia Rodríguez Ceballos, Nancy María Salazar, Olga Patricia Torres de Rengifo, María Cenobia Cuadrado Bernal, Ana Isabel Torres Gamboa y Rosalba Galvis Jaimes, todos ellos funcionarios nombrados en provisionalidad, en encargo o en comisión², actuando a través de apoderada judicial

² Respecto de la situación administrativa en que se encuentran los demandantes, en el libelo se señaló lo siguiente: “... quienes actualmente y desde el momento inicial de su incorporación desempeñan un cargo público de carrera administrativa, determinado así por el Decreto 2400 de 1968 o por el artículo 125 de la Constitución Política de 1991, en el Nivel Central o Territorial de los Sectores de Educación, Salud, Institutos Descentralizados Nacionales: SENA, Administraciones de los Departamentos, Distritos y Municipios, así como de sus Institutos Descentralizados, por cuyos Actos



legalmente constituida, acudieron ante esta Corporación³ en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, para demandar la nulidad de:

La Resolución No. 0171 de 5 de diciembre de 2005⁴, por la cual se convocó al proceso de selección para proveer por concurso de méritos los empleos de carrera administrativa de las entidades y organismos de los órdenes nacional y territorial regidos por la Ley 909 de 2004, pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa; y,

Administrativos y Actas de Posesión fueron incorporados a las respectivas Plantas de Personal, de las siguientes formas: a) algunos en propiedad, para que desempeñaran un cargo de libre nombramiento y remoción, sin que a la fecha se les haya inscrito en carrera administrativa, por lo tanto, se les ha venido dando el tratamiento de provisionales, desmejorándoseles su forma y calidad de incorporación al cargo, violándose con este tratamiento, en forma consecutiva la norma constitucional y la legal; b) otros empleados nombrados en propiedad, pero con inscripción en carrera administrativa, designados por e encargo o en comisión para desempeñar un empleo de superior categoría, sin que al momento se les haya inscrito en dicho cargo, para actualizar su escalafón en carrera, como efecto legal de la prescripción del término de ley, para el desempeño del encargo; c) la mayoría de poderdantes, incorporados en provisionalidad, por el término de legal de 4 meses, por cuyo vencimiento se genera la prescripción de esa provisionalidad y el nacimiento del derecho laboral a la legalización de la permanencia en el empleo, que determina por vía de hecho el derecho adquisitivo de la propiedad en el cargo, cuyo efecto lógico y de orden constitucional y legal es el de la inscripción en carrera administrativa...”.

³ El 9 de noviembre de 2010, según consta a folio 2249 del cuaderno principal del expediente.

⁴ por la cual se convoca al proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa de las Entidades y Organismos de los órdenes Nacional y Territorial regidas por la Ley 909 de 2004, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa.



La Convocatoria 001 de 2005⁵, en virtud de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil invitó a concurso de méritos para proveer los empleos de carrera administrativa.⁶

También se solicita en la demanda, la nulidad de *“todos los actos administrativos expedidos por la CNSC mediante los cuales modifica, adiciona, suprime, aclara o deja sin efecto (...) esos actos administrativos base y fundamento de la convocatoria a concurso.”*.

Igualmente peticiona la apoderada de los demandantes, como *“restablecimiento automático”*, que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil excluirlos *“en forma inmediata (...) de los efectos de ese concurso y retirar la oferta de cargos de los provistos mediante nombramientos provisionales y por encargo”* y que dicha entidad de se abstenga *“de convocar nuevamente a concurso de méritos para cubrir los empleos provistos mediante nombramientos provisionales y por encargo...”*.

⁵ Mediante la cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por Concurso abierto de méritos los Empleos de Carrera Administrativa de las Entidades y Organismos del Orden Nacional y Territorial regidas por la ley 909 de 2004.

⁶ La demanda obra a folios 2205-2248 del cuaderno principal del expediente.



1.1. Normas violadas y concepto de su violación.-

Señalan los actores la vulneración de la Constitución Política de 1991, artículos 13, 29, 83⁷ y 209; del Decreto 01 de 1984, el artículo 3, inciso 7; de la Ley 909 de 2004, su artículo transitorio; y la Ley 57 de 1985.

Exponen en relación al artículo 13⁸ de la Constitución que los actos administrativos demandados dan un tratamiento discriminatorio a los demandantes frente al resto de los empleados públicos del país, que encontrándose en las mismas circunstancias, es decir, nombrados en provisionalidad o en encargo, han sido inscritos en la carrera administrativa. En criterio de los actores, para protegerles su derecho a

⁷ Frente a la vulneración de los “postulados de la buena fe” consagrados como valor y principio supremo en el artículo 29 Superior, la parte demandante se limitó a señalar que los actos administrativos demandados son trasgresores de dicha norma, pero sin explicar por qué.

⁸ Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.



la igualdad, la Comisión Nacional del Servicio Civil debió inscribirlos en carrera administrativa de manera automática.

Se argumenta igualmente, que el procedimiento adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil consistente en dar apertura a la Convocatoria 01 de 2005, sin haber publicado previamente las normas en las que se soportaba dicho proceso de selección, esto es, el Decreto Reglamentario 4500 de 2005⁹ y la Resolución 0171 del mismo año, desconoció los artículos 209¹⁰ de la Constitución Política y 3, inciso 7¹¹, del Decreto 01 de 1984, los cuales consagran el principio de

⁹ Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004.

¹⁰ ARTICULO 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 control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

¹¹ ARTÍCULO 3. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

(...)

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

(...).



publicidad como uno de los postulados rectores de la función administrativa.

Finalmente señala, que la Comisión Nacional del Servicio Civil no tenía competencia para adelantar la Convocatoria 01 de 2005, pues, el artículo transitorio¹² de la Ley 909 de 2004 la autorizó para proceder a convocar a concurso para cubrir los empleos provistos mediante nombramientos provisionales y por encargo, durante el año siguiente a la expedición de la referida norma, término que no se cumplió, puesto que el proceso de selección duró varios años.¹³

Con fundamento en lo expuesto, la apoderada de los actores solicita también la suspensión de la norma demandada.

¹² **Artículo transitorio.** Convocatorias de los empleos cubiertos por provisionales y encargos. Durante el año siguiente a la conformación de la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá procederse a la convocatoria de concursos abiertos para cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentren provistos mediante nombramiento provisional o encargo.

¹³ Explica la demanda, que “*la Comisión Nacional del Servicio Civil desbordó en el tiempo la competencia otorgada por el artículo transitorio de la Ley 909 de 2004, para proceder a convocar a concurso de méritos abierto para cubrir los empleos provistos mediante nombramientos provisionales y por encargo.*”.



II. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR NEGATIVA PETICIONADA.-

La demanda fue admitida mediante auto de 19 de mayo de 2011¹⁴, disponiendo además dicho proveído, negar la solicitud de suspensión provisional de las normas demandadas, argumentándose para el efecto que *“es necesario realizar un estudio de fondo para poder determinar la supuesta violación a las normas superiores, ya que del simple cotejo con los actos acusados, no es posible evidenciar la trasgresión que asegura la parte demandante.”*

La decisión de negar la suspensión provisional de los actos administrativos acusados fue recurrida en reposición por la parte demandante, a través de memorial fechado el 29 de junio de 2011¹⁵, en el que fueron reiterados en su integridad los argumentos de la demanda, recurso que fue negado por medio de auto de 15 de diciembre de 2011¹⁶, donde se expuso el razonamiento según el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la competencia constitucional y legal para adelantar los concursos de méritos y adicionalmente, que

¹⁴ Folios 2251-2265 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 2266 a 2281 del cuaderno principal del expediente.

¹⁶ Folios 2284 a 2290 del cuaderno principal del expediente.



los actos administrativos demandados sí fueron publicados en la página web de la entidad.

III. OPOSICIÓN A LA DEMANDA DE NULIDAD.-

La Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de apoderado Judicial legalmente constituido¹⁷, mediante memorial de 14 de noviembre de 2012¹⁸ contestó la demanda de Nulidad oponiéndose a su prosperidad; argumentó que esa entidad, de acuerdo con los artículos 113 y 130 de la Constitución Política y 7 de la Ley 909 de 2004, es autónoma e independiente de las ramas del poder público, y tiene a su cargos las tareas de elaborar las convocatorias y procesos de selección para el desempeño de empleos públicos en carrera.

Plantea la *“indebida escogencia de la acción para demandar”*, respecto de la que asegura que lo que la parte actora persigue es un verdadero restablecimiento del derecho y no el mantenimiento del ordenamiento

¹⁷ Folios 2325-2347 del cuaderno principal del expediente.

¹⁸ Folios 2348-2358 del cuaderno principal del expediente.



jurídico, ya que el propósito de esta demanda es obtener que los cargos de los demandantes sean excluidos del concurso de méritos así como el consiguiente escalafonamiento automático en la carrera administrativa, lo cual es propio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y no de la de Nulidad.

Así mismo, formula la *“publicación y oponibilidad de la Convocatoria 001 de 2005 conforme a la Ley 909 de 2004”*, para lo cual arguye la entidad accionada, que si bien el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 ordena publicar en el Diario Oficial, entre otros, los actos administrativos de carácter general expedidos por todos los órganos del orden nacional, el artículo 33 de la Ley 909 de 2004, establece que es la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos de méritos. Aclara, que en efecto todos los actos administrativos relacionados con la Convocatoria 001 de 2005 fueron publicados en la página web de la entidad.

Finalmente, formula excepción de *“ausencia de inscripción extraordinaria en carrera administrativa”*, y en sustento de la misma, la Comisión Nacional del Servicio Civil expresa que por el sólo hecho de que un gran número de empleados públicos en todas las entidades del Estado han



permanecido mucho tiempo laborando en provisionalidad, no se genera para ellos, ni para los demandante, el derecho a ser inscritos en la carrera administrativa, pues, no hay norma que así lo disponga.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

La parte demandante alegó de conclusión con memorial de 12 de diciembre de 2014¹⁹, en el que reiteró uno a uno los argumentos expuestos en la demanda.

La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) guardó silencio en esta oportunidad procesal.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Ministerio Público, a través de su Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, emitió concepto por medio de oficio de 20 de

¹⁹ Folios 2503-2513 del cuaderno principal del expediente.



enero de 2015²⁰, solicitando negar las pretensiones de la presente acción de Nulidad.

Argumenta, que “la pretensión busca no sólo que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados, esto es, que se retiren del mundo jurídico, sino que también se le ordene a la CNSC que desista de iniciar cualquier otro concurso respecto de los empleos que ocupan en calidad de provisionales o en encargo, lo que les permite permanecer en ellos a través de una inscripción automática, es decir, que la aspiración está dirigida a satisfacer un interés individual, particular y concreto.”.

En tal virtud, para el Ministerio Público debe prosperar la excepción de “*indebida escogencia de la acción para demandar*” formulada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual conlleva que la demanda sea declarada inepta y que esta Corporación se inhiba para pronunciarse de fondo.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

²⁰ Folios 2515 a 2519 del cuaderno principal del expediente.



Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por la parte accionada, así como los razonamientos del Ministerio Público y de los terceros intervinientes, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: (i) competencia del Consejo de Estado para conocer de la demanda de la referencia; (ii) resolución de las excepciones; y (iii) análisis de los cargos formulados en la demanda.

6.1. Competencia.-

En virtud de lo dispuesto por el artículo 128, numeral 1º, del Decreto 01 de 1984²¹, el Consejo de Estado es competente para conocer esta demanda, pues, se trata de un asunto donde se pide la nulidad de actos administrativos, Resolución No. 0171 de 5 de diciembre de 2005 y Convocatoria 001 de 2005, expedidos por una autoridad del orden nacional, Comisión Nacional del Servicio Civil.

²¹ Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.
2. (...).



6.2. Resolución de las excepciones.-

Antes de pronunciarse sobre los cargos de la demanda, procede la Sala a resolver las excepciones formuladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

6.2.1. Indebida escogencia de la acción para demandar.-

Tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como el Ministerio Público, aducen que lo que la parte actora persigue, además de la nulidad de los actos administrativos indicados, es un verdadero restablecimiento del derecho y no el mantenimiento del ordenamiento jurídico, ya que el propósito de esta demanda es obtener que los cargos de los demandantes sean excluidos del concurso de méritos así como el consiguiente escalafonamiento automático en la carrera administrativa, lo cual es propio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y no de la de Nulidad.

Sea lo primero precisar, que la demanda que nos ocupa fue instaurada en vigencia del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, estatuto procesal al que nos remitiremos para resolver



el asunto sometido a consideración, y cuyo artículo 84 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 84. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.”.

Mientras que el artículo 85 ibídem señala que:

“ARTÍCULO 85. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”.



Sobre la procedencia de las acciones de Nulidad y de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en vigencia del Código Contencioso Administrativo, en sentencia de importancia jurídica de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 4 de marzo de 2003²², con ponencia del Consejero Manuel Urueta Ayola, la Corporación precisó, que:

“... antes de 1959 la jurisprudencia del Consejo de Estado estuvo influida por el criterio material en el sentido de que la procedencia de las acciones fue condicionada por el contenido del acto, pues si éste creaba situaciones jurídicas de carácter general, abstracto e impersonal, el interesado debía usar la acción de nulidad; si, por el contrario, el acto era de contenido particular, concreto y subjetivo, la acción pertinente sería la de plena jurisdicción”.

Agregó el fallo en cita, que *“en el año de 1959 se inició el cambio de orientación de la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto hace a la procedibilidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del*

²² Expediente No. 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030). Esta sentencia resuelve negar las pretensiones de una demanda de Nulidad interpuesta por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR) contra la Resolución 0074 de 5 de febrero de 1997, por medio de la cual el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural reconoció personería a la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - Asofuc y ordenó la inscripción correspondiente. Argumentó el Consejo de Estado para resolver, que dado que dicho acto creó una situación jurídica particular, el Consejo de Estado consideró que la demanda debía interpretarse en el sentido de considerar la acción formulada como de nulidad y restablecimiento del derecho. Expresó, en efecto, que los actos particulares no son susceptibles, "según la ley y la jurisprudencia de esta Corporación", de ser atacados por medio de la acción de simple nulidad.

derecho, cambio que luego se consolidaría en el año de 1961”, al configurarse la teoría de los móviles y finalidades, la cual encuentra su formulación acabada en la sentencia de agosto 10 de 1961²³, con ponencia del Consejero Carlos Alandete Arrieta, en donde se dijo:

"No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. ...los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores y que sus finalidades son las de someter la administración pública al imperio del derecho objetivo.

“Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas legales asignan a la acción. Es presumible esta similitud ... cuando se acciona por la vía del contencioso popular de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva, que afecta directamente a la comunidad ... Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares, (caso en el cual) la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses...

“El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desarrolla en torno de dos extremos únicamente: la norma

²³ Tomo LXIII, núms. 392-396, p. 202.

violada y el acto violador. En el precepto comentado (art. 67) se señala como motivo determinante de la acción de plena jurisdicción, el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero sólo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva. La ley establece así el lindero preciso de los dos contenciosos. El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67, la acción se desenvuelve en torno de estos tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella y el acto violador de aquélla y éste.”.

Esta tesis ha venido siendo reiterada y precisada por el Consejo de Estado en diversas oportunidades. Así por ejemplo, se dijo en auto de 8 de agosto de 1972, con ponencia del Consejero Mora Osejo, que las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho se distinguían en el sentido de que la primera buscaba la tutela del orden jurídico abstractamente considerado, sobre la base del principio de jerarquía normativa, lo cual originaba un proceso que, en principio, no llevaba implicado un litigio o contraposición de pretensiones; en tanto que la segunda, tenía por objeto la garantía de derechos privados, vulnerados por actuaciones de la administración, lo cual se lograba mediante el restablecimiento del derecho o el resarcimiento del daño.²⁴

²⁴ Agregaba el comentado auto que “... la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico...; pero si mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación ..., se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción.”. (Anales, tomo LXXXIII, Números 435-436, págs. 372 a 381).



En la sentencia de Sala Plena 29 de octubre de 1996, expedida en el expediente S-404, con ponencia del Dr. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, se precisó por el Consejo de Estado:

“...

estima la Sala que además de los casos expresamente previstos en la ley, la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos. De otra parte, el criterio jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional”.

También en sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 8 de marzo de 2005²⁵, con ponencia del Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, proferida en el expediente 11001-03-24-000-2001-00145-01(IJ)²⁶, se expresó al respecto lo siguiente:

²⁵ Este mismo año 2005, en Auto de 4 de noviembre de 2005, expedido en el expediente 0270 (IJ), con ponencia del Consejero Rafael Lafont, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo volvió a reiterar la tesis según la cual es posible demandar un acto administrativo particular a través de la acción de nulidad simple, siempre que no se genere un restablecimiento automático y comporte un interés general nacional.

²⁶ En dicha providencia, se resolvió una demanda de nulidad simple que la Sala Plena resumió así: “Las ciudadanas BLANCA FLOR RIVERA GONZALEZ y NUBIA GRACIELA BAEZ PADILLA en

“Puede decirse que desde el punto de vista de su contenido los actos acusados tienen carácter particular, por cuanto a través de los mismos, como ya se vio, se adoptan disposiciones en relación con la voluntad del Fundador y los estatutos de la Fundación San Juan de Dios, es decir, que tales actos estarían creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas que atañen directamente a la referida Fundación.

Empero, su juzgamiento es viable a la luz de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por cuanto, de un lado, no observa la Sala que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda pudiera derivarse restablecimiento de derecho alguno para los demandantes o para persona diferente y, de otro lado, los establecimientos involucrados en tales actos, se hallan afectos a la prestación de servicios de salud, con una innegable tradición histórica, cultural y social, lo que imprime mayor trascendencia al tema, frente al cual es evidente la existencia de un interés general en su definición, lo que permite señalar que le asiste interés a la comunidad respecto de la acción aquí planteada, promovida en defensa de la legalidad.

Sobre este punto es oportuno traer a colación lo expresado en las sentencias de la Sección Primera de 26 de octubre de 1995 (Consejero ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez) y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29 de octubre de 1996 (Consejero ponente doctor Daniel Suárez Hernández), pro hijadas en la sentencia de 4 de marzo de 2003 (Expediente 1999-05683, Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola), en cuanto a que no obstante que se esté en presencia de actos creadores de situaciones jurídicas individuales, es procedente controvertir su legalidad por vía de la acción de simple nulidad ‘cuando esa situación

nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentaron demanda ante esta Corporación a objeto de que mediante sentencia se decrete la nulidad de los Decretos núms. 290 de 15 de febrero de 1979 "Por el cual se suple la voluntad del fundador y se adoptan disposiciones en relación con la Fundación San Juan de Dios"; 1374 de 8 de junio de 1979 "Por el cual se adoptan los estatutos de la Fundación San Juan de Dios"; y 371 de 23 de febrero de 1998 "por el cual se suple la voluntad del fundador y se reforman los estatutos de la Fundación San Juan de Dios", expedidos por el Gobierno Nacional.”.

conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público, social o económico...’ o ‘...cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario...con incidencia trascendental ...e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos...’.

(...)

Tal exégesis, como se ha visto, mantiene en la actualidad pleno vigor y, conforme a sus directrices, no cabe duda de que procede ejercitar el contencioso objetivo o popular contra actos particulares en aras de salvaguardar el imperio de la legalidad tal y como sucede en el caso examinado, en el que ni los demandantes ni los intervinientes solicitan restablecimiento alguno ni ello se barrunta de manera implícita o ‘automática’ a partir de la sola decisión anulatoria, la cual habrá de circunscribirse al ámbito de confrontación de la norma o normas violadas y los actos que según los demandantes las conculcan, sin involucrar ninguna referencia a eventuales derechos subjetivos que pudieran afectarse, proceder este último que acata las reglas señaladas por la jurisprudencia y la doctrina como aquellas que gobiernan la acción de aquí se trata.

Así pues, como la controversia planteada se reduce a la sola determinación de si los actos acusados respetan o no el supremo principio de legalidad dentro del ámbito de los cargos formulados, nada obsta para que la acción de simple nulidad ejercitada, atendiendo el interés general que subyace en el asunto, se estime procedente.”.



Y más recientemente, en sentencia de 20 de marzo de 2013²⁷, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, al resolverse una demanda de Nulidad Simple interpuesta contra una circular expedida por la alcaldía distrital de Barranquilla que resolvió no pagar una prima extra legal a los empleados públicos de dicho ente territorial, se adujo lo siguiente:

“Atendiendo a los criterios jurisprudenciales expuestos, es dable concluir que si el acto censurado es de carácter general y de él no se deriva la afectación de un derecho de índole particular cuyo restablecimiento se produzca de manera automática con la declaratoria de nulidad, la acción procedente es la de simple nulidad, pues la eventual declaratoria de nulidad del acto demandado no generaría un restablecimiento automático en cabeza de un grupo determinado.

Asimismo, que también es posible intentar la acción de simple nulidad contra actos de contenido particular, siempre y cuando, la eventual decisión que se adopte no suponga o traiga consigo el restablecimiento del derecho; ó por el contrario, sería admisible la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto de alcance general, si es que éste por sí y directamente lleva al menoscabo o a la lesión de un derecho o irroga un perjuicio²⁸, como ocurre con

²⁷ Expediente 08001-23-31-000-2010-00135-01.

²⁸ En sentencia del 4 de marzo de 2010, la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado precisó que “La jurisprudencia de esta Corporación ha desarrollado un juicioso análisis en relación con el tema de la procedencia de las acciones contenciosas frente a los actos de carácter particular o general. La denominada teoría de los motivos y finalidades constituye el sustento teórico de dicha elaboración, en la cual se han establecido las reglas de procedencia de las acciones en relación con los contenidos y características del acto. **La acción de nulidad procede contra actos administrativos de carácter general o particular.** En cuanto los últimos, esta Corporación así lo ha definido, en especial, en la sentencia de 29 de octubre de 1996, en la cual, con ponencia del Dr. DANIEL SUÁREZ



el acto aquí demandado que contiene efectos concretos o individuales que se desprenden directamente de su texto.

En ese orden de ideas, el ejercicio de la acción de nulidad simple busca proteger la legalidad del orden jurídico sin que con ello implique, que se pueda extender a examinar situaciones particulares y concretas, es decir, las que afectan a un ciudadano o a un grupo de ellos, pues al hacerlo, supondría una extralimitación en su objeto; más bien, el análisis de dichas situaciones debe llevarse a cabo previa interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo expuesto en precedencia, la Sala considera que el acto administrativo acusado contenido en la Circular No. 0034 de 2008, debió demandarse en ejercicio de nulidad y restablecimiento del derecho entendiéndose que está dirigido a un grupo determinado, los servidores públicos del Distrito de Barranquilla, quienes con una eventual declaratoria de nulidad del acto, Circular No. 0034 de 2008, obtendrían un restablecimiento automático de un derecho subjetivo, y por ende eran los únicos los legitimados para acudir a la jurisdicción, en ejercicio de la acción prescrita en el artículo 85 del C.C.A.”.

HERNÁNDEZ, se precisó: (...) De acuerdo con lo anterior, se pueden evidenciar dos situaciones distintas. La primera, hace referencia a que los actos administrativos de contenido particular revistan un interés cualificado o sea, aquel relacionado con un afán de legalidad que comprometa un interés supremo de la comunidad. La segunda, cuando el acto de contenido particular contiene disposiciones jurídicas de tal entidad que resquebrajan el ordenamiento jurídico general”.(Las negrillas y subrayas son nuestras).-



Y en fallo de 10 de julio de 2014²⁹, también con ponencia del Consejero Arenas Monsalve, luego de transcribir apartes de la providencia citada anteriormente, precisó:

“La anterior posición jurisprudencial se funda en la teoría de los móviles y finalidades, según la cual, si el acto censurado es de carácter general y de él no se deriva la afectación de un derecho de índole particular cuyo restablecimiento se produzca de manera automática con la declaratoria de nulidad, la acción procedente es la de simple nulidad, pero si la eventual declaratoria de nulidad del acto generaría un restablecimiento automático en cabeza de un grupo determinado, la acción posible a intentar es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el presente caso, el acto demandado, Circular No. 034 de 2008, a pesar de tener alcance general irroga perjuicios a los servidores públicos del Distrito de Barranquilla, quienes con una eventual declaratoria de nulidad del acto, obtendrían un restablecimiento automático de un derecho subjetivo, y por ende eran los únicos legitimados para acudir a la jurisdicción, en ejercicio de la acción prescrita en el artículo 85 del C.C.A.”.

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, conforme a la teoría de móviles y finalidades, independientemente de la naturaleza del acto a demandar, lo que debe tenerse en cuenta es si de la declaración de nulidad del acto, surge o no automáticamente el restablecimiento del derecho afectado, pues en caso de que exista un restablecimiento

²⁹ Expediente 08001-23-31-000-2009-00545-01.



automático, ha de entenderse que la acción instaurada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, motivo por el cual deben verificarse los requisitos propios de la acción. Por el contrario, si la nulidad declarada no genera restablecimiento alguno, puede tramitarse como simple nulidad.

En el caso concreto, para la Sala es claro que la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva, en la práctica, el restablecimiento material de los derechos subjetivos de los demandantes, pues, aunque en el libelo introductorio se solicita, además de la nulidad de los actos demandados, un “restablecimiento automático” para los actores consistente en que sus cargos sean excluidos del concurso de méritos, dicho petitum propende por el interés general de mantener y/o restablecer el ordenamiento jurídico, presuntamente resquebrajado por los actos enjuiciados, cuestión que concierne no solo a las personas demandantes, sino que también a los participantes en el proceso de selección y a la ciudadanía en general.

En consecuencia, la Sala declarará no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción.



6.2.2. Resolución de los otros dos medios exceptivos.-

Respecto de los otros dos medios exceptivos formulados en la contestación a la demanda, los cuales fueron denominados por la Comisión Nacional del Servicio Civil como *“publicación y oponibilidad de la Convocatoria 001 de 2005 conforme a la Ley 909 de 2004”* y *“ausencia de inscripción extraordinaria en carrera administrativa”*, advierte la Sala que no constituyen verdaderas excepciones, sino que más bien son argumentos de defensa, que se tendrán en cuenta al resolver el fondo del asunto.

6.3. Análisis de los cargos formulados en la demanda.-

Para efectos metodológicos la Sala agrupará los argumentos esgrimidos por la parte actora en tres cargos, para ser analizados y despachados de una manera ordenada y consistente, a saber: **i)** de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para adelantar concursos de méritos para proveer los cargos de la carrera administrativa, **ii)** de la prohibición de inscripciones extraordinarias o automáticas en la carrera administrativa y, **iii)** de la publicidad de los actos administrativos generales.



6.3.1. De la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para adelantar concursos de méritos para proveer los cargos de la carrera administrativa.-

Sea lo primero precisar, que la Comisión Nacional del Servicio Civil, es un órgano de creación constitucional expresa. En efecto, dispone el artículo 130 de la Constitución Política, que:

“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.”

Sobre la naturaleza de dicho órgano el artículo 7º de la Ley 909 de 2004, *“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, estatuye lo siguiente:

“La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.



Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad.”.

Y respecto de las funciones de dicho órgano, el artículo 11 ibídem, señala lo siguiente:

“Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

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;

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.

Parágrafo. *El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante.”.*

De conformidad con la norma trascrita, la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la facultad permanente de elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, así como la de establecer los lineamientos generales con que



se desarrollaran tales procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley.

Tales facultades de la Comisión Nacional de Servicio Civil tienen la característica de ser permanentes y no estar sujetas a plazo o término perentorio alguno o tener naturaleza transitoria. Así mismo, dichas competencias cobijan todos los cargos vacantes de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la Ley 909 de 2004, independientemente de si está provisto de manera provisional o en encargo.

La norma transitoria a que alude la parte actora³⁰, tiene su razón de ser dado el gran número de empleos que en ese momento estaban provistos de manera provisional o en encargo en múltiples entidades del orden nacional y territorial, circunstancia que era de público conocimiento, razón por la cual se dispuso ordenarle a la Comisión Nacional del Servicio Civil que una vez estuviere conformada de

³⁰ Ley 909 de 2004. **Artículo Transitorio.** Convocatorias de los empleos cubiertos por provisionales y encargos. Durante el año siguiente a la conformación de la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá procederse a la convocatoria de concursos abiertos para cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentren provistos mediante nombramiento provisional o encargo.



acuerdo a lo estatuido en la Ley 909 de 2004, durante el año siguiente, adelantara la convocatoria del concurso para cubrir estos empleos de carrera administrativa provistos en provisionalidad o encargo.

Luego no puede prosperar la interpretación que del artículo transitorio de la Ley 909 de 2004 efectúa la parte actora, consistente en que dicha norma le impuso un plazo o un término perentorio de un año a la Comisión Nacional del Servicio Civil para proceder a convocar concurso de méritos con miras a proveer de manera definitiva el gran número de empleos de carrera administrativa provistos de manera provisional o en encargo, de tal manera que si en el periodo señalado no se desarrollase el proceso de selección la entidad perdía la competencia para realizarlo. Lo anterior atendiendo las facultades permanentes e intemporales que el artículo 11 de la misma Ley 909 de 2004 concedió a la citada entidad.

Entiende la Sala, que la norma contiene una exhortación dirigida a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que en el año siguiente a su conformación adelantese el respectivo proceso de selección para cubrir los cargos de carrera administrativa, mas no un límite temporal para adelantar dicho concurso.



Concluye la Sala entonces, que el hecho que el desarrollo del concurso de méritos iniciado por la Convocatoria 001 de 2005 hubiese superado el periodo de un año, no significa que la Comisión Nacional del Servicio Civil haya actuado sin competencia legal, puesto que, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la referida entidad está investida de la facultad permanente de elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera de las entidades a las que les sea aplicable la mencionada ley, por lo que el cargo propuesto no prospera.

6.3.2. Ausencia de publicidad del acto administrativo general.-

En el libelo introductorio se argumenta, que el procedimiento adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil consistente en dar apertura a la Convocatoria 01 de 2005, sin haber publicado previamente los actos administrativos generales en los que se soportaba dicho proceso de selección, esto es, el Decreto reglamentario 4500 de 2005³¹ y la Resolución 0171 del mismo año,

³¹ Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004.



desconoció los artículos 209³² de la Constitución Política y 3, inciso 7³³, del Decreto 01 de 1984, los cuales consagran el principio de publicidad como uno de los postulados rectores de la función administrativa.

Frente a este cargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil formuló la excepción de *“publicación y oponibilidad de la Convocatoria 001 de 2005 conforme a la Ley 909 de 2004”*, la cual sustentó señalando, que si bien el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 ordena publicar en el Diario Oficial, entre otros, los actos administrativos de carácter general expedidos por todos los órganos del orden nacional, el artículo 33 de la Ley 909 de 2004, establece que es la página web de la Comisión Nacional del

³² ARTICULO 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 control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

³³ ARTÍCULO 3. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

(...)

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

(...).



Servicio Civil el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos de méritos. Aclara, que en efecto, todos los actos administrativos relacionados con la Convocatoria 001 de 2005 fueron publicados en la página web de la entidad.

Para resolver el anterior planteamiento debe la Sala hacer las siguientes precisiones sobre lo que se entiende por existencia, eficacia y validez de los actos administrativos de naturaleza general. En cuanto a lo primero, esto es, la existencia, los actos administrativos generales existen desde el mismo momento en que son expedidos por las respectivas autoridades, razón por la cual se trata de la constatación de su presencia en el mundo físico, con lo que bien puede afirmarse que es un elemento que surge coetáneamente con la expedición del acto. La eficacia, por su parte, alude a la oponibilidad del acto administrativo general que se cumple siempre que haya sido satisfecho el requisito de la publicidad, en la medida que las actuaciones de la administración pública, en principio, no pueden ser reservadas u ocultas, ni los asociados compelidos a cumplir determinaciones que no les hayan sido dadas a conocer, ni sus intereses regidos por decisiones que se les hayan ocultado; se trata, además, de un elemento que es subsiguiente a la existencia del acto administrativo.



En cuanto a la validez de los actos administrativos, ya sean generales o particulares, esta se determina por los mismos factores que subyacen en las causales de nulidad, como son el respeto a las normas que lo gobiernan, la expedición por parte de autoridad competente, la garantía del derecho de defensa y la existencia de una motivación real y jurídicamente aceptable, así como ejercer la autoridad con el propósito de satisfacer el interés general de la administración.

Entonces, respecto de los actos administrativos generales, el requisito de la publicidad solamente puede catalogarse como presupuesto de eficacia frente al mismo acto.

Ahora bien, anota la Sala que el ordenamiento constitucional Colombiano repudia la idea de las actuaciones administrativas secretas u ocultas a los administrados, como así lo dio a entender el constituyente al haber consagrado en el artículo 209 Superior, como principio fundamental de la Función Administrativa, el de la publicidad, altamente necesario para que los asociados se enteren oportunamente de la forma como despliega su actividad la administración, y si así lo deciden, activen su derecho fundamental a participar en la



conformación, ejercicio y control del poder político (Art. 40 C.P.), interponiendo las acciones legales en su contra, para la defensa del ordenamiento jurídico. Todo ello, sin duda, contribuye a hacer más transparente el proceder de la administración.³⁴

Dentro de los atributos básicos de las manifestaciones de la voluntad de la administración, encontramos el presupuesto de la divulgación como un elemento necesario para su obligatoriedad y ejecutividad respecto de los interesados. Este principio, de sustento constitucional (artículo 209) y legal (artículo 3º del C.C.A.) impone a las autoridades el deber de dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el fin de que se articulen armónicamente con el ordenamiento jurídico y faciliten a los ciudadanos el derecho fundamental a participar en el control del poder político³⁵.

³⁴ Al respecto puede consultarse: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejera ponente: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON, Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011), Radicación numero: 11001-03-28-000-2010-00006-00, Actor: HERMAN GUSTAVO GARRIDO PRADA, Demandado: UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR.

³⁵ Constitución Política Artículo 40 numeral 6. (...) *“Para hacer efectivo este derecho puede: (...) Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley.”*



Múltiples normas dan cuenta de la forma de hacer efectivo este principio. Por ejemplo, el artículo 1º de la Ley 57 de 1985 “*por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales*” establece:

“ARTÍCULO 1º. La Nación, los Departamentos y los Municipios incluirán en sus respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales, todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos.”

Por su parte, el párrafo del artículo 119 de la Ley 489 de 1998³⁶, que subrogó parcialmente la ley anterior, preceptúa:

“ARTÍCULO 119. PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL. A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

(...)

PARÁGRAFO. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad.”

³⁶ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.



A su vez, el artículo 43 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, dispone:

“ARTÍCULO 43. Deber y forma de publicación. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.

(...)”.

La Ley 909 de 2004³⁷, en su artículo 33 también consagra esta obligación de publicar los actos administrativos relativos a los concursos de méritos en los siguientes términos:

“Artículo 33. Mecanismos de publicidad. La publicidad de las convocatorias será efectuada por cada entidad a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia, de acuerdo con lo establecido en el reglamento.

La página web de cada entidad pública, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de las entidades contratadas para la realización de los

³⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.



concurros, complementadas con el correo electrónico y la firma digital, será el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos, de recepción de inscripciones, recursos, reclamaciones y consultas.

La Comisión Nacional del Servicio Civil publicará en su página web la información referente a las convocatorias, lista de elegibles y Registro Público de Carrera”.

Significa lo anterior que los actos administrativos no serán obligatorios para sus destinatarios, mientras no hayan sido publicados mediante las formas especialmente señaladas para el efecto.

Ahora bien, a pesar de la capital importancia de la publicidad en la función administrativa, es bueno recordar que este principio no se integra en el proceso de formación de los actos generales, en tanto constituye una operación administrativa material y reglada, que corresponde ejecutar a la autoridad competente y que se desarrolla de conformidad con lo que establezca la ley.

En ese sentido, abundante resulta la jurisprudencia de esta Corporación en la que se ha sostenido que ante la ausencia o irregularidad de la publicación de los actos administrativos generales,



no afecta o no incide sobre la validez de los mismos³⁸; posición que por demás también ha sido respaldada por la Corte Constitucional en la sentencia C-957 de 1999³⁹, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, en la que dijo:

“De la expedición, vigencia y obligatoriedad de los actos administrativos.

(...)

La normatividad vigente diferencia la forma de poner en conocimiento los actos administrativos según sean éstos de carácter general o particular, en razón a los efectos que estos mismos producen. Por consiguiente, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

a) Con respecto a los primeros, el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo dispone que “los actos administrativos de carácter general no

³⁸ Consejo de Estado Sección Primera. Sentencia de 28 de octubre de 1999. C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

³⁹ Por medio de la cual se resuelve una Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 8º de la Ley 57 de 1985, cuyo texto es el siguiente: “Los actos a que se refieren los literales a), b), c), e) y f) del artículo 2º y a), c), f) y g) del artículo 5º de esta ley sólo regirán después de la fecha de su publicación”. Resumió así la propia Corte el problema jurídico a resolver: “Corresponde a la Corte determinar si, como lo afirma el demandante, la norma acusada desconoce el artículo 228 constitucional (que hace prevalecer lo sustancial sobre lo formal), ya que establece una excepción a la regla general de que los actos administrativos entran en vigencia desde su expedición y producen efectos jurídicos a partir de su publicación o notificación. Dicha excepción se hace consistir en que ciertos actos jurídicos empiezan a regir a partir de su publicación y el incumplimiento de esta formalidad genera inoponibilidad e inexistencia.”.



serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto (...).

En consecuencia, estos actos administrativos sin publicar no son obligatorios para los particulares, lo cual no significa que la publicación sea requisito de validez, sino condición de oponibilidad. En efecto, la falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad; produce la falta de oponibilidad del acto a los particulares, o la no obligatoriedad del mismo.

b) En cuanto a los segundos, es decir a los actos administrativos de carácter particular, su obligatoriedad y los requisitos de su notificación están regulados en los artículos 44 a 47 del Código Contencioso Administrativo. Al respecto, el artículo 44 ibídem preceptúa que “las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado”.

En este caso, la notificación a través de los diversos medios señalados por el ordenamiento legal, constituye una formalidad que le brinda legitimidad y eficacia a la actividad administrativa, y así mismo, una garantía de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al derecho de defensa, en cuanto eventualmente le permitirá al afectado por el mismo ejercer los correspondientes recursos y acciones.

De lo anterior se deduce que el acto administrativo, general o particular, existe desde el momento mismo en que se profiere o expide, pero no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación. En este sentido, dispone el artículo 48 del C.C.A. que ‘sin el lleno de los anteriores requisitos, no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión (...). Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46’.



De otra parte, en relación con la vigencia de los actos administrativos, el Consejo de Estado considera que la decisión administrativa contenida en el acto de carácter general o particular es válida desde el momento en que se expide (desde que ha sido firmado, aún sin haber sido publicado o notificado, según el caso); sin embargo, su fuerza vinculante comienza desde que se ha producido la publicación o notificación del acto; por lo tanto, la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. En este evento, se está ante un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo. Así lo reconoció la citada Corporación en un caso concreto, al resolver un recurso de apelación relativo a la nulidad del Decreto 0925 de 1991, mediante providencia calendada 23 de junio de 1994, MP. Dra. Dolly Pedraza de Arenas, cuando sostuvo que:

‘Carece por tanto de fundamento el cargo de nulidad dirigido por la parte actora contra el Decreto 0925 de 1991 que determina la planta de personal de la entidad por haber sido expedido antes de que se publicara el decreto de reestructuración de la misma (..), toda vez que si bien éste debía ser publicado, por corresponder a una normativa interna de la administración y no contener afectación alguna a la libertad de los administrados, podía aplicarse aún antes de efectuarse su promulgación sin que ello afecte la validez de los actos de ejecución. Aún sin la publicación el decreto era oponible a la actora, pues le fue dado a conocer a través de comunicación persona que era el medio pertinente, toda vez que aun cuando se trata de un acto de contenido general no puede desconocerse que produjo la afectación de una situación jurídica individual y concreta de quien ocupaba el cargo’.

Adicionalmente, la jurisprudencia contencioso administrativa sostiene que, si el acto administrativo concede un derecho al particular, éste puede reclamarlo de la administración aunque el acto no haya sido publicado. Si por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto dicho acto sea publicado, aunque haya una instrucción en el mismo en

sentido contrario. En efecto, el Consejo de Estado al respecto anotó que ‘si bien éste (el decreto) debía ser publicado, por corresponder a una normativa interna de la administración y no contener afectación alguna de la libertad de los administrados, podía aplicarse aún antes de efectuarse su promulgación sin que ello afecte la validez de los actos de ejecución.’⁴⁰

Finalmente, se concluye que, tratándose de actos administrativos de carácter general, la falta de publicidad impide la obligatoriedad y la oponibilidad del acto a los particulares (C.C.A., arts. 43 y 48), más no se constituye en causal de nulidad del mismo (C.C.A., art. 84), por cuanto la publicación del acto no es requisito para su validez.⁴¹

(...).”

De acuerdo con lo expuesto, el efecto de la falta de publicación de los actos administrativos de carácter general respecto de su validez, es ninguno. Lo dicho permite concluir a la Sala que la publicación de los actos administrativos de contenido general se constituye en

⁴⁰ Cfr. providencia del 20 de septiembre de 1996, C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela, rad. 8335.

⁴¹ Consejo de Estado, ver Sentencia del 30 de enero de 1997, sección primera, C.P., Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, rad. 4114 y Sentencia de la sección segunda, C.P. Dr. Álvaro Lecompte Luna, exp. 6121.



presupuesto de eficacia u oponibilidad y no de validez respecto de los mismos.⁴²

Como se precisó anteriormente, la ausencia de publicación, notificación o comunicación no invalida en manera alguna los actos administrativos de carácter general, razón suficiente para considerar que las pretensiones de la demanda deben negarse, al estar fundamentadas en la presunta omisión en que incurrió la Comisión Nacional del Servicio Civil en dar apertura a la Convocatoria 001 de 2005, sin haber divulgado los actos administrativos generales que sirvieron de fundamento jurídico a dicho concurso.

Además de lo expuesto, el argumento central de la Sala para desestimar el cargo propuesto por la parte actora, tiene que ver con que para el sub examine existe norma especial contenida en la Ley 909 de 2004, cuyo artículo 33, que se denomina “*mecanismos de publicidad*”, señala que la página web de la entidad, así como el correo electrónico y la firma digital, “*será el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos*”, agregando la citada disposición que “*la publicidad de las*

⁴² Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia del 6 de agosto de 2009. Expediente: 110010328000200900005-00. Actor: Karol Mauricio Martínez Rodríguez. Demandado: Rector Universidad Surcolombiana.



convocatorias será efectuada por cada entidad a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre competencia”.

En ese orden de ideas, se tiene que la Comisión Nacional del Servicio Civil, al contestar la demanda señala que todos los actos administrativos relacionados con la Convocatoria 01 de 2005, fueron publicados en la página web de la entidad, afirmación que no fue controvertida por la parte actora en sus alegatos, razón por la cual para Sala resulta ser verdadera, y en esa medida, se cumplió con el requisito de publicidad exigido por las normas arriba transcritas.

Carece, por tanto, de fundamento jurídico el cargo de nulidad dirigido por la parte actora contra los actos administrativos demandados, relativo a la falta de publicidad, por lo que se deberá despachar en forma desfavorable.

6.3.3. De la prohibición de inscripciones extraordinarias o automáticas en la carrera administrativa.-

En la demanda se asegura, que los actos administrativos demandados dan un tratamiento discriminatorio a los demandantes frente al resto de



los empleados públicos del país, que encontrándose en las mismas circunstancias, es decir, nombrados en provisionalidad o en encargo, han sido inscritos en la carrera administrativa. En criterio de los actores, para protegerles su derecho a la igualdad, la Comisión Nacional del Servicio Civil debió inscribirlos en carrera administrativa de manera automática.

Revisada en su integridad la Ley 909 de 2004⁴³, así como sus decretos reglamentarios 3232 de 2004⁴⁴, 760 de 2005⁴⁵, 770 de 2005⁴⁶, 785 de 2005⁴⁷, 1227 de 2005⁴⁸, 1228 de 2005⁴⁹, 4500 de 2005⁵⁰, 1409 de

⁴³ por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁴⁴ Por el cual se reglamentan el artículo [8°](#) y el párrafo transitorio del artículo [9°](#) de la Ley 909 de 2004.

⁴⁵ Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

⁴⁶ por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004.

⁴⁷ por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

⁴⁸ por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.



2008⁵¹, 3905 de 2009⁵² y 4567 de 2011⁵³, no existe en sus textos disposición normativa alguna que permita el escalafonamiento o ingreso automático o extraordinario a la carrera administrativa.

Contrario a ello, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004 preceptúa que el ingreso a los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito y mediante proceso de selección, la norma en su parte pertinente es del siguiente tenor:

“... el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.” (Destaca la Sala).

⁴⁹ por el cual se reglamenta el artículo [16](#) de la Ley 909 de 2004 sobre las Comisiones de Personal.

⁵⁰ por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004.

⁵¹ por el cual se reglamente el artículo 18 de la Ley 909 de 2004.

⁵² Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa.

⁵³ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley [909](#) de 2004 y Decreto-ley [770](#) de 2005.



En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha expresado que no se ajusta a derecho el escalafonamiento automático en la carrera administrativa, y que para ingresar a ella es necesario que se agoten todas y cada una de las etapas de un concurso previstas en el ordenamiento jurídico, pues, el pilar de la carrera administrativa y de la función pública misma, está en la selección por méritos y la capacidad de quien es favorecido para ingresar en ella. Esta ha sido la posición pacífica de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, tal como pasa a exponerse:

En sentencia de 6 de mayo de 1999⁵⁴, proferida en el expediente 12935, con ponencia del Consejero Flavio Augusto Rodríguez Arce, el Consejo de Estado sostuvo esta tesis. Sobre el particular, la Corporación argumentó lo siguiente:

“No obra en el expediente prueba de que entre la fecha del nombramiento del actor y su desvinculación por supresión del cargo

⁵⁴ En aquella oportunidad la Corporación resolvió en única instancia una demanda de “nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se solicitaba declarar la nulidad del artículo 1° de la Resolución 6496 de agosto 14 de 1995 expedida por el Contralor General de la República mediante la cual dio cumplimiento a la sentencia proferida el 20 de abril de 1995 por el Tribunal Administrativo de Nariño ordenando provisionalmente su reintegro al cargo de Auxiliar Administrativo, Nivel Administrativo, Grado 04 de la Dirección Seccional de Nariño. A título de restablecimiento del derecho pidió que se diera cabal cumplimiento a la sentencia o se ordenara el reintegro en período de prueba y su inscripción extraordinaria en la carrera administrativa de conformidad con el artículo 22 de la Ley 27 de 1992.”.

hubiese superado las etapas correspondientes a un concurso de méritos es decir que su nombramiento siguió siendo provisional. Si al ser desvinculado se encontraba en provisionalidad mal puede pretender que por efecto del cumplimiento de la sentencia se le designe 'en propiedad' o en período de prueba modalidad que es viable solo después de que se han superado todas las etapas correspondientes a un concurso de méritos.

De otra parte, si bien las entidades estaban en la obligación de aplicar las disposiciones de la Ley 27 de 1992 en un término de 6 meses y los empleados contaban con un plazo de un año para acreditar los requisitos necesarios para el desempeño del cargo, deben surtirse las etapas necesarias para adquirir la inamovilidad relativa que otorga la carrera, la sola disposición no confería, per se, los derechos de la carrera.

*Como se ha dicho reiteradamente, **no existe la inscripción automática en carrera administrativa y ninguna norma ha establecido que esta se dé por la sola existencia de unos plazos para cumplir la Ley.** Era menester la expedición del acto administrativo que declarara la inscripción, y no se probó en este proceso que al 2 de noviembre de 1993, cuando fue retirado del servicio, se hubiera proferido.” (Destaca la Sala).*

Idéntico criterio asumió la Corporación en sentencia de 19 de enero de 2006, emitida en el expediente 2218-04, con ponencia del Consejero Alberto Arango Mantilla⁵⁵, en la que se sostuvo:

“Indudablemente, el cargo de Celador Código 6020 Grado 03 de la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá, desempeñado por el demandante, se hallaba clasificado dentro de la categoría de empleado público, pero además, tal empleo, se encontraba catalogado como de carrera administrativa, situación sobre la cual no existe discusión.

A este proceso no se allegó prueba siquiera alguna en donde conste que el señor José Rodrigo Angulo haya participado en un proceso de selección objetiva de personal, o concurso de méritos para acceder al cargo del cual predica ahora derechos propios del régimen de carrera, como tampoco aparece acto administrativo alguno de inscripción en el escalafón.

Como se ha expresado en otras ocasiones, no existe escalafonamiento automático en carrera y que, para ingresar a ella, es necesario agotar todas y cada una de las etapas propias previstas en las correspondientes normas legales. El pilar de la carrera administrativa está en la selección por méritos y la capacidad o aptitud de quien es seleccionado. Así, es menester cumplir requisitos que para el efecto señale la ley, lo cual ha debido probarse por el demandante.

⁵⁵ Por la cual se decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 15 de diciembre de 2003 proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Los antecedentes del proceso fueron resumidos de la siguiente manera: *“En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, el señor José Rodrigo Angulo demandó de esta jurisdicción la nulidad del Oficio 421-S-2001-035774, suscrito por la Subdirectora de Personal Administrativo de la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá, por medio del cual se le negó una reclamación laboral. A título de restablecimiento del derecho solicitó el pago de una indemnización, teniendo en cuenta los sueldos devengados, las bonificaciones, las primas de servicio, de vacaciones y de navidad y demás derechos laborales desde el momento de su vinculación laboral, sumas que deben reconocerse en forma indexada, junto con los intereses a que hubiere lugar; y que se ordenara dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.”.*



(...)

Así las cosas, la sola solicitud de inscripción en carrera administrativa, sin haber agotado procedimientos de orden legal, no genera derechos de esta naturaleza y por tanto no puede predicarse igual tratamiento jurídico respecto de quienes si se hallan amparados por las correspondientes normas de carrera.”.

En fallo de 3 de mayo de 2007, expedido en el expediente 6357-05, también con ponencia del Consejero Alberto Arango Mantilla⁵⁶, la Corporación volvió a reiterar el criterio expuesto:

“El cargo que ocupaba la demandante era de carrera administrativa; sin embargo, no existe dentro del plenario prueba que permite inferir que la parte actora haya participado en un proceso de selección de personal, o concurso de méritos para acceder al cargo, como tampoco aparece acto administrativo alguno de inscripción en el escalafón.

⁵⁶ Por la que Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de diciembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda-Subsección Tercera-. Los antecedentes del proceso fueron resumidos de la siguiente manera: *“Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la señora CLARA AMELIA ARIZA MERCHAN demanda de esta jurisdicción que se declare la nulidad del acto No. 421S-2001-035779 del 13 de agosto de 2001 suscrito por la Subdirectora de Personal Administrativo de la Secretaria de Educación de la Alcaldía Mayor de Bogotá, y con el cual se niega el reconocimiento y pago de una indemnización por supresión del cargo, por cuanto no le es aplicable lo previsto en el artículo 39 de la ley 443 de 1998. A título de restablecimiento del derecho pide que se condene a la entidad a pagar las sumas de dinero por la indemnización a que tiene derecho. Asimismo solicita la aplicación de lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del C.C.A.”.*



No demostró la demandante su condición de empleada vinculada a la administración previa superación rigurosa de un conjunto de etapas que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual para ejercer la función. No es lo mismo el nombramiento del servidor que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo.

El status de empleado de carrera administrativa se adquiere previo cumplimiento de las diversas etapas y requisitos que establece la ley. En el caso concreto la demandante no acreditó que perteneciera a la carrera administrativa pues no probó su ingreso por el proceso de selección.

Ha sido criterio reiterado de esta Corporación, que no existe escalafonamiento automático en carrera, pues para ingresar a ella es necesario agotar todas y cada una de las etapas propias previstas en la ley.”.

En sentencia de 19 de julio de 2007, proferido en expediente 5257-05⁵⁷, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez, se dijo al respecto lo siguiente:

⁵⁷ Por la que Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 15 de diciembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por BEATRIZ LÓPEZ TERREROS contra la Nación- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Los antecedentes del proceso fueron resumidos de la siguiente manera: “Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Decreto 2567 de 23 de diciembre de 1999 que modificó la planta de personal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y las Resoluciones Nos. 0226 y 0254 de 9 de febrero de 2000, expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto no incorporaron a la actora en la nueva planta de personal de dicho Ministerio en el cargo de Profesional Universitario 3020, Grado 08; y el oficio 1510 del 10 de febrero de 2000 mediante el cual se le informó a la demandante que no fue incorporada a la nueva planta de personal de ese Ministerio. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo de Profesional Universitario 3020 Grado 08, o, a un empleo equivalente



“La Sección Segunda del Consejo de Estado ha expresado en reiteradas ocasiones que el escalafonamiento automático en carrera no existe y que para ingresar a ella es necesario que se agoten todas y cada una de las etapas previstas por la norma para el concurso. El pilar de la carrera administrativa está en la selección por méritos y la capacidad de quien es seleccionado para ingresar a ella. De manera que al no encontrarse la actora escalafonada en la carrera, no cuenta con estabilidad ni puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación que formula el recurso interpuesto a la sentencia del A- quo.”.

La Corte Constitucional también ha definido de manera uniforme en su jurisprudencia, que las normas que consagran algún tipo de escalafonamiento o inscripción automática en la carrera administrativa vulneran el ordenamiento superior, no solo por su evidente oposición al artículo 125 de la Constitución, sino porque con ellos se desconocen el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, que se deriva de los artículos 13 y 40.7. de la Constitución Política, y las expectativas

que exista en la planta de personal con idénticas o similares funciones y remuneración al que desempeñó, o, a uno de superior jerarquía, con el reconocimiento y pago de todos los salarios, bonificaciones, primas, vacaciones, aumentos salariales, subsidios familiares, y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha en que se hizo efectiva su desvinculación del cargo hasta cuando sea reintegrada; declarando igualmente la no solución de continuidad en la prestación del servicio, dando aplicación a los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.”.



legítimas que concede la Constitución de acceder a un empleo público en virtud de los merecimientos de cada persona.

Así por ejemplo, en la sentencia C-317 de 1995, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, al examinar la constitucionalidad del artículo 53 de la Ley 105 de 1993, que establecía un sistema de inscripción automática en la carrera administrativa de la Aeronáutica Civil, la Corte dijo:

“A la luz de la anterior doctrina constitucional, que se reitera, la norma examinada [artículo 53 de la Ley 105 de 1993⁵⁸] vulnera de raíz el artículo 125 de la C.P. Contradice, en primer término, la esencia del sistema de carrera, en cuanto que en el ámbito de la mentada entidad administrativa, todos los cargos, sin excepción, se someten a la forma de designación propia de los empleos de libre nombramiento. En este sentido, igualmente desnaturaliza la carrera al disponer que a ella automáticamente ingresen funcionarios libremente nombrados por el director de la entidad, sin haberse sometido a las normas sobre concurso público. En segundo término, no se coligen razones de peso para conceder al nominador tan amplia facultad que se torna en ‘potestad infundada’. Finalmente, la indiscriminada excepción, no permite diferenciar las funciones de los empleos en conformidad con su naturaleza política o de confianza plena.

La ley está autorizada, dentro de los límites esbozados, para determinar los empleos no sujetos al régimen de carrera. La norma analizada, en estricto rigor, no sustrae empleos del régimen de carrera, sino que aplica a los empleos de esta clase las reglas de ingreso predicables únicamente de los empleos de libre nombramiento. Por esta razón la extralimitación de la ley es

⁵⁸ Establecía un sistema de inscripción automática a la carrera administrativa de la Aeronáutica Civil.



todavía mayor y su efecto concreto, como se indicó en la sentencia citada, resulta claramente desproporcionado.”.

Con idéntico criterio, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable las normas que estatúan sistemas de inscripción automática a diferentes carreras administrativas especiales, como las de la Aeronáutica Civil, entidad en la que el artículo 53 de la Ley 105 de 1993 permitía la señalada inscripción automática⁵⁹, norma que fue declarada inexecutable por la sentencia C-317 de 1995⁶⁰, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁹ Ley 105 de 1993. Diciembre 30. *"por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones"*. Artículo 53º. El régimen de personal. El personal al servicio de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil se denominará funcionarios aeronáuticos y tendrán la calidad de empleados públicos de régimen especial. Los empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, serán nombrados, designados o comisionados en todo caso, por el director de la entidad y a ellos les serán aplicables las normas que regulan las situaciones administrativas, la vinculación, desvinculación, el régimen de carrera administrativa, disciplinario, salarial y prestacional, así como las demás normas sobre manejo de personal, previstas para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sin perjuicio de las prestaciones previstas en las normas especiales vigentes. Para la primera incorporación y nombramiento en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, no se aplicarán los requisitos establecidos en las normas legales y los funcionarios quedarán incorporados directamente en la carrera especial. Los empleados o trabajadores oficiales que no sean incorporados a la planta de personal de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, serán indemnizados de conformidad con lo previsto en el Decreto 2171 de 1992. El reconocimiento de la prima de productividad será incompatible con los sobre sueldos al personal técnico y la prima de estímulo profesional de que trata el Decreto 2334 de 1977, en su artículo 38.

Igual ocurrió con el artículo 193⁶¹ transitorio de la Ley 270 de 1996, “Estatutaria de la Administración de Justicia”, que contemplaba una incorporación automática para los funcionarios y empleados vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, artículo que fue

⁶⁰ En la que se dijo: “... la norma examinada vulnera de raíz el artículo 125 de la Constitución Política. Contradice, en primer término, la esencia del sistema de carrera, en cuanto que en el ámbito de la mentada entidad administrativa, todos los cargos, sin excepción, se someten a la forma de designación propia de los empleos de libre nombramiento. En este sentido, igualmente desnaturaliza la carrera que a ella automáticamente ingresen funcionarios libremente nombrados por el director de la entidad, sin haberse sometido a las normas sobre concurso público. En segundo término, no se coligen razones de peso para conceder al nominador tan amplia facultad que se torna en ‘potestad infundada’. Finalmente, la indiscriminada excepción, no permite diferenciar las funciones de los empleos en conformidad con su naturaleza política o de confianza plena. La ley está autorizada, dentro de los límites esbozados, para determinar los empleos no sujetos al régimen de carrera. La norma analizada, en estricto rigor, no sustrae empleos del régimen de carrera, sino que aplica a los empleos de esta clase las reglas de ingreso predicables únicamente de los empleos de libre nombramiento. Por esta razón la extralimitación de la ley es todavía mayor y su efecto concreto, como se indicó en la sentencia citada, resulta claramente desproporcionado. El artículo 125 de la Constitución Política, determina una reserva normativa en favor de la ley para fijar los requisitos y condiciones con base en los cuales se establecen los méritos y calidades de los aspirantes a cargos de carrera. Esa materia, por tanto, no está deferida al reglamento, como equivocadamente lo sostiene uno de los defensores de la ley.”.

⁶¹ ARTICULO 193. PERMANENCIA EN LA CARRERA. Los actuales funcionarios y empleados que con anterioridad a la expedición de la presente Ley hubiesen sido vinculados a la Rama Judicial mediante la respectiva designación en propiedad para el cargo, por período fijo o a término indefinido, quedan incorporados al sistema de Carrera Judicial previsto en esta ley Estatutaria y a los derechos derivados de la misma, sin necesidad de providencia que así lo declare.

PARÁGRAFO: Con el fin de determinar su ingreso a la Carrera los funcionarios y empleados que se hallen en período de prueba serán evaluados, por una sola vez, en su desempeño durante todo el tiempo en que hayan ejercido el cargo con tal carácter, en la forma que establezca el reglamento que para el efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.



declarado inexecutable por la sentencia C-037 de 1996 con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa⁶².

⁶² Dijo la Corte Constitucional para fundamentar esta decisión: *“el artículo 125 de la Constitución dispone que la regla general para la vinculación a los empleos y órganos del Estado, es el sistema de carrera. Por tal razón, la Carta exige que en estos casos habrá de tenerse en cuenta las capacidades, la preparación y el profesionalismo de los aspirantes, con lo cual se logrará una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de una función pública, y se garantizará la estabilidad laboral de los trabajadores y la oportunidad de ellos mismos para ascender o promocionarse según sus propios méritos. Es con fundamento en esas razones que la norma constitucional citada prevé, también como regla general, que el ingreso al sistema de carrera, salvo que la ley disponga algo diferente, deberá hacerse a través de concurso público, pues este mecanismo se constituye en el más idóneo no sólo para conocer las reales aptitudes de los candidatos a un cargo de carrera, sino también para asegurar la aplicación del derecho constitucional fundamental de la igualdad (Art. 13 C.P.). (...) Bajo estos criterios, se tiene que al ser el sistema de carrera garante del derecho previsto en el artículo 13 superior, y al permitir el concurso público una igualdad de oportunidades para acceder a un cargo dentro del Estado, entonces las excepciones que defina la ley, según se ha establecido en esta providencia, deberán ser proporcionadas y razonables a la luz del artículo 125 superior. Tal es el caso, por ejemplo, de los empleos que exijan altos niveles de confianza o de responsabilidad política. (...). Por los motivos expuestos, resulta constitucionalmente reprochable que el inciso primero del artículo bajo examen, sin justificación o razonamiento alguno, determine indistintamente que todo aquel que, salvo los casos de vinculación por concurso -los cuales se explicarán más adelante-, hubiese sido nombrado en propiedad en un cargo para un período fijo o a término indefinido, quede automáticamente incorporado al sistema de carrera judicial de que trata el presente proyecto, sin necesidad de providencia que así lo determine. Con esta medida, se estaría permitiendo que las personas que señala la disposición gocen de los beneficios y de la estabilidad que conlleva el sistema de carrera, sin haber tenido necesidad de concursar o de demostrar frente a otros candidatos sus aptitudes, conocimientos y preparación profesional. Repárese, además, en que una cosa es haber sido nombrado en un cargo y otra ingresar al sistema de carrera, pues lo primero no implica necesariamente lo segundo. Lo anterior, constituye para la Corte una palmaria vulneración del derecho a la igualdad y se convierte en una excepción que desconoce flagrantemente el propósito esencial del artículo 125 superior, al determinar como regla general para vincularse a los empleos estatales, el concurso público. (...). Claro está, y así se hará saber en la parte resolutive de esta providencia, que las consideraciones precedentes se refieren solamente a las vinculaciones realizadas mediante nombramientos directos, pues en el caso de las personas que hubiesen sido nombradas en propiedad como consecuencia de un concurso público, resulta constitucionalmente viable -además de*

A través de sentencia C-562 de 1996, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte también declaró la inexecutable del artículo 129 del Decreto Ley 2150 de 1999⁶³, que permitía el ingreso automático a la carrera⁶⁴ docente a los bachilleres que estuvieran prestando sus servicios en zonas de difícil acceso⁶⁵.

justo- que ellas ingresen al sistema de carrera, con el lleno de los demás requisitos legales, como se explicará más adelante. (...). Por su parte, el párrafo de la norma bajo examen establece una situación que respeta los lineamientos del régimen de carrera y corresponde a las funciones propias del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos previstos en el artículo 256-1 de la Carta Política. Respecto de la expresión “en período de prueba”, se refiere ella a quienes se encuentran inscritos en la carrera judicial, los cuales deberán completar el trámite correspondiente para su incorporación definitiva, en los términos del párrafo. (...). Ahora bien, la inexecutable del inciso primero y la executable del párrafo, llevan a esta Corte a puntualizar que no por esta decisión los funcionarios y empleados de la rama judicial a que se refiere el inciso primero del artículo bajo examen pierdan sus cargos. Lo que sucede es que ellos no podrán ahora ser incorporados en forma automática al régimen de carrera judicial y, si aspiran a tal objetivo, deberán someterse a los requisitos generales que establezca la ley y que reglamente el Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior, como se dijo anteriormente, no cubre a los servidores públicos que han sido nombrados en propiedad a través de un concurso; en este caso, la Sala Administrativa de la referida Corporación, deberá adelantar todos los trámites necesarios para incorporarlos al régimen de carrera, siempre y cuando reúnan los requisitos adicionales que la ley hubiese previsto para tales efectos. (...) En conclusión, el inciso primero de la norma será declarado inexecutable, mientras que el párrafo se declarará, bajo estas condiciones, executable.”.

⁶³ Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

⁶⁴ Dijo la Corte al respecto: “... la Corte considera que procede únicamente estudiar la legitimidad del mecanismo de incorporación, sin concurso, al Escalafón Nacional Docente de aquellos docentes bachilleres que se encuentren prestando sus servicios en zonas de difícil acceso y en proceso

comprobado de profesionalización. El interrogante obvio que surge es si se deben aplicar integralmente los criterios desarrollados por la Corporación sobre la ilegitimidad de los mecanismos de incorporación automática a la carrera administrativa, lo cual generaría la inexecutable del parágrafo o si, por el contrario, existen razones suficientes que justifiquen que el Legislador haya consagrado de una excepción en este caso, sin que ello implique una violación de la igualdad de oportunidades y de la finalidad de la carrera administrativa. (...). La Corte considera que en esta caso la norma busca un objetivo que es de gran importancia constitucional, ya que pretende garantizar la continuidad de la prestación de los servicios educativos en formación básica. (...). Ahora bien, es posible que en determinadas ocasiones entren en conflicto la obligación que tiene el Estado de garantizar la continuidad de la prestación del servicio de educación con las exigencias derivadas de la carrera administrativa y la igualdad de oportunidades. Supongamos, por ejemplo, que la Administración no cuenta con un número de docentes carrera suficiente para garantizar la prestación del servicio educativo en determinadas zonas o en ciertas condiciones. Un interrogante obvio surge: ¿es admisible que en tales casos la ley flexibilice las exigencias de la carrera con el fin de asegurar la prestación del servicio de educación básica y por consiguiente se admita, por ejemplo, un mecanismo de incorporación automática al escalafón? (...). Para responder a ese interrogante, la Corte considera necesario recordar que el mecanismo de incorporación automática afecta valores de rango constitucional, derivados de la consagración de la carrera administrativa y la igualdad de oportunidades de acceso a la función pública. En efecto, esta Corporación ha sostenido en varias oportunidades que "el acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), es una manifestación concreta del derecho a la igualdad (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7)" Por consiguiente, el examen constitucional de la admisibilidad de ese mecanismo debe ser estricto, por lo cual la Corte concluye que una incorporación automática a una carrera administrativa sólo es legítima si se trata de un mecanismo necesario para que el Estado pueda alcanzar objetivos estatales imperiosos. (...). En tales circunstancias, la Corte declarará executable el parágrafo impugnado en el entendido de que, a partir de la notificación de la presente sentencia, aquellos docentes, que laboran en zonas de difícil acceso y que sean vinculados sin el requisito del concurso, sólo podrán permanecer en la carrera docente en la medida en que continúen laborando en este tipo de zonas. Por consiguiente, si tales docentes desean laborar en otras zonas deberán someterse al requisito del concurso, de acuerdo con los lineamientos del artículo 105 de la Ley 115 de 1994 pues, por las razones señaladas en los numerales anteriores de esta sentencia, su vinculación al escalafón docente es de naturaleza excepcional."

⁶⁵ La Corte consideró en esta sentencia que la inscripción automática a carrera administrativa era inexecutable, salvo cuando se trata de docentes ubicados en zonas de alto riesgo, pero aclaró que "aquellos docentes, que laboran en zonas de difícil acceso y que sean vinculados sin el requisito del concurso, sólo podrán permanecer en la carrera docente en la medida en que continúen laborando en este tipo de zonas. Por consiguiente, si tales docentes desean laborar en otras zonas deberán



Resalta esta Sala, que la Corte Constitucional, aplicando esta tesis de la ilegitimidad de los mecanismos de incorporación automática a la carrera administrativa, mediante sentencia C-030 de 1997, con ponencia del magistrado Jorge Arango Mejía, declaró inexecutable el sistema de inscripción automática al régimen general de carrera administrativa de los funcionarios del orden nacional consagrado en el artículo 5 de la Ley 61 de 1987⁶⁶ y de los funcionarios del orden departamental a que hacía referencia el artículo 22 de la Ley 27 de 1992⁶⁷.

someterse al requisito del concurso, de acuerdo con los lineamientos del artículo 105 de la Ley 115 de 1994 pues, por las razones señaladas en los numerales anteriores de esta sentencia, su vinculación al escalafón docente es de naturaleza excepcional.”.

⁶⁶ Ley 61 de 1987. Artículo 5: Al entrar en vigencia esta ley, los empleados que estén desempeñando un cargo de carrera sin que se encuentren inscritos en la misma, deberán acreditar, dentro del año inmediatamente siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados para sus respectivos empleos en el manual de requisitos expedido por el Gobierno Nacional o en los Decretos que establezcan equivalencias de dichos requisitos, según el caso. Acreditados tales requisitos o sus equivalencias tendrán derecho a solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la Carrera Administrativa.

⁶⁷ Ley 27 de 1992. Artículo 22-. De los requisitos para los empleados del nivel territorial. Al entrar en vigencia esta ley, los empleados del nivel territorial que por virtud de ella llegaren a desempeñar cargos de carrera administrativa de conformidad con las normas vigentes, deberán acreditar dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en los manuales para los respectivos cargos o en las equivalencias establecidas en el decreto 583 de 1984, ley 61 de 1987 y Decreto Reglamentario 573 de 1988. Quienes no acrediten los requisitos dentro del término señalado, quedarán de libre nombramiento y remoción. No obstante, si tales empleados continúan al servicio de la Entidad u organismo, podrán solicitar su inscripción cuando lleguen a poseer los requisitos del cargo y los acrediten en debida forma.



Al respecto dijo la Corte:

“Estas normas, tal como lo indica el actor, permiten el ingreso automático a la carrera administrativa, de funcionarios que reúnan dos condiciones, a saber: la primera, estar ocupando un cargo que la ley ha definido como de carrera; la segunda, acreditar una serie de requisitos contemplados en leyes y decretos, en un período de tiempo determinado.

De esta manera, esas normas facilitan el ingreso y permanencia en la carrera administrativa de cierto grupo de personas que, por estar en cierta condición (desempeñando un cargo de carrera), no requieren someterse a un proceso de selección para evaluar sus méritos y capacidades. Así se desconocen, no sólo el mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Constitución, que exige la convocación a concursos públicos para proveer los cargos de carrera, sino los principios generales que este sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia en la administración pública (artículos 13 y 209 de la Constitución).

La excepción que establecen las normas acusadas para el ingreso a la carrera administrativa, desnaturaliza el sistema mismo, pues se dejan de lado conceptos como el mérito y capacidades, para darle paso a otros de diversa índole, permitiendo que la discrecionalidad de los nominadores rija este sistema, e impidiendo que todos aquellos que crean tener las condiciones para desempeñar un empleo de esta naturaleza a nivel nacional o territorial, tengan la oportunidad de acceder a ellos, simplemente porque no hay un mecanismo que permita la evaluación de sus méritos y capacidades.”.



Con idéntico razonar, a través de la sentencia C-588 de 2009⁶⁸, con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2008, al prever la inclusión extraordinaria en la carrera administrativa de los empleados públicos en provisionalidad o en encargo sin concurso alguno, concluyendo la Corte con un argumento adicional, según el cual, el precepto acusado constituía una verdadera sustitución de la Constitución.

De acuerdo con lo expuesto, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han sido consistentes en subrayar la inconstitucionalidad e ilegalidad de las normas y procedimientos que en

⁶⁸ Así razonó el alto tribunal constitucional: *“La Corte, desde lejanos pronunciamientos, ha considerado que el ingreso automático a carrera administrativa constituye una excepción, ‘pues se dejan de lado conceptos como el mérito y las capacidades, para darle paso a otros de diversa índole’, pero la excepción no se finca solamente en que la carrera administrativa, el mérito y el concurso sean tenidos por reglas generales, sino ante todo, en la contundencia de la prohibición del ingreso automático que, con base en el artículo 125 de la Carta y en las normas superiores con él relacionadas, la Corporación puso de presente, en 1997, de la siguiente manera: ‘...la Corte ha sido absolutamente clara: **no puede existir norma alguna dentro de nuestro ordenamiento que permita el ingreso automático a cargos de carrera.** Por esa razón, ha declarado inexecutable normas que permiten el ingreso a la carrera, en distintos organismos, sin mediar un proceso de selección’. (C-030 de 1997). (...). El Congreso de la República buscó, entonces, superar las barreras constitucionalmente impuestas al ingreso automático a la carrera administrativa, mediante la aprobación de un Acto Legislativo reformativo de la Constitución, pero, al expedirlo, superpuso un párrafo al artículo 125 de la Carta e instauró, para esa hipótesis específica, un régimen paralelo y, tan opuesto al contemplado en la versión original de la Carta, que reemplaza uno de sus ejes definitorios y la sustituye parcialmente. (...).”.*



nuestro ordenamiento jurídico han permitido o posibilitado la inscripción automática en la carrera administrativa, tesis que como ya se explicó acoge la Sala en esta oportunidad. En ese orden de ideas, el cargo propuesto no prospera.

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

FALLA

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda presentada por los ciudadanos enlistados en el capítulo I de esta providencia, en ejercicio de la acción de Nulidad consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la expedición de la Resolución No. 0171 de 5 de diciembre de 2005 y la Convocatoria No. 001 de 2005.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

Consejero

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera

CARMELO PERDOMO CUÈTER

Consejero

SLIV/EDLOM. . .