



Radicado: 11001-03-25-000-2019-00601-00 (4727-2019)
Demandante: Cristóbal Enrique Castaño Acosta

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD
Radicación: 11001-03-25-000-2019-00601-00 (4727-2019)
Demandante: CRISTÓBAL ENRIQUE CASTAÑO ACOSTA
Demandados: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) Y LA NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL

Temas: Evolución normativa relativa a la vinculación laboral de los empleados públicos que hacen parte del personal civil del Sector Defensa. Primer concurso de méritos de la carrera especial del Sector Defensa. Alcances de la presunción de legalidad de los actos administrativos en su control judicial. Medidas de protección para empleados provisionales por el «retén social» en el marco de los concursos de méritos.

Decisión: Se deniegan las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

O-16-2022

I. ASUNTO

La Sala de Subsección dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso judicial tramitado en virtud del medio de control de nulidad simple de que trata el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), promovido directamente por el señor Cristóbal Enrique Castaño Acosta¹, en contra de la CNSC y la Nación, a través del Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional.

¹ Coadyuvado por los señores Luis Enrique Parada Rodríguez, Alba Rocío Guerrero López, María Isabel Ramírez y Deisy Guillén Jaimes.



II. DEMANDA²

1. Pretensiones

El demandante pretende que se declare la nulidad del Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC, «[p]or el cual se establecen las reglas del primer concurso abierto de méritos para proveer de manera definitiva los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema Especial de Carrera Administrativa del Ejército Nacional, Proceso de Selección n.º 637 de 2018-Sector Defensa»³.

2. Hechos

El señor Cristóbal Enrique Castaño Acosta indicó que, en el momento en el que presentó la demanda⁴, en el Ejército Nacional existían aproximadamente 6600 servidores públicos no uniformados que pertenecían a su planta global, entre quienes, según él, no debía haber nombrados y registrados en virtud de la carrera administrativa especial que los cobija, por cuanto el primer concurso para tales efectos apenas se llevó a cabo a partir de la expedición del acuerdo acusado. En ese sentido, sostuvo que en la elección de la Comisión de Personal de la entidad únicamente votaron empleados vinculados en sus cargos en provisionalidad.

Asimismo, señaló que la convocatoria de la carrera administrativa especial reglamentada por el acto demandado se realizó once años después de la fecha en la que legalmente correspondía, que era dentro del año siguiente a la entrada en vigor de los Decretos Leyes 091 y 092 de 2007, que desarrollaron las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional sobre la materia mediante la Ley 1033 de 2006. De esa manera, expuso que tal retraso se vio reflejado en el hecho de que la mayoría de los empleados no uniformados del Ejército sobrepasaron los cuarenta años de edad y los veinte años de servicio cuando se convocó al primer concurso, circunstancia que implicó que los que no superaron las pruebas del proceso de selección se quedaron sin posibilidad de conseguir un empleo.

El demandante también expuso que, en la elaboración de la convocatoria en estudio, no se tuvieron en cuenta los parámetros de protección especial para las empleadas maternas, los que fueron desplazados por la violencia, los que son

² Folios 1-18 del cuaderno físico principal del proceso, que también puede ser consultado en su versión escaneada en el índice 34 del expediente digital en el sistema Samai del Consejo de Estado.

³ Mediante auto del 14 de julio de 2020, el magistrado ponente denegó la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto acusado. Ver índice 23 del expediente digital.

⁴ 23 de agosto de 2019, ver el reverso del folio 18 del cuaderno físico principal e índice 34 del expediente digital.



madres o padres cabeza de familia, los discapacitados y los que estaban próximos a adquirir su pensión.

Igualmente, aseguró que el Ejército Nacional no implementó lo preceptuado en el Decreto Ley 894 de 2017, respecto de la profesionalización de los servidores públicos, entre quienes están los empleados civiles no uniformados, lo que les privó de la preparación necesaria para ganar el proceso de selección de carrera.

Del mismo modo, afirmó que el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006 previó que el periodo de los miembros de la CNSC en la época de emisión de dicha norma se prorrogaría por veinticuatro meses más, con el fin de garantizar la culminación de las convocatorias del sistema general y de los específicos de carrera administrativa, lo cual no se cumplió en el Ejército en la medida en que se puede constatar que personas como la señora Vilma Castellanos llevaban veinte años como representantes de la CNSC ante el Ministerio de Defensa.

3. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante alegó la violación de las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991: artículos 13, 29, 53 y 125.
- Decreto Ley 3466 de 1982: artículo 1.º (literal d)).
- Ley 909 de 2004: artículo 16.
- Ley 1033 de 2006: artículos 4.º (parágrafo), 6.º (literales a), c), d) y g)), 7.º y 13.
- Decreto Ley 1567 de 1998: artículo 6.º (literal g)), modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017⁵.

Como concepto de violación, adujo que el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019 de la CNSC desconoce lo consagrado en las anteriores disposiciones a partir de lo siguiente:

i. Violación de los artículos 13, 29, 53 y 125 de la Constitución Política

El demandante sostuvo que estos preceptos constitucionales fueron transgredidos por la parte demandada, en la medida en que muchos de los empleos para el personal civil del Ejército Nacional que, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1214 de 1990, la Ley 443 de 1998, el Decreto Ley 1792 de 2000 y la Ley 909 de 2004, eran de libre nombramiento y remoción, fueron recategorizados como «provisionales» por la Ley 1033 de 2006, sin que para tales efectos se respetara el debido proceso, ya que los servidores que los

⁵ El demandante citó esta disposición como artículo 1.º, literal g) del Decreto Ley 894 de 2017. No obstante, ese literal pertenece al artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, en su versión modificada por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017.



ocupaban nunca fueron informados de lo que representaba tal cambio y tampoco se les notificó en debida forma esa decisión, pues a lo que se limitaron los altos mandos militares y de policía fue a entregar un acta de posesión para ser firmada, sin que mediara renuncia al cargo anterior. En esa ilación, aseveró que a los empleados se les hace una «presunta notificación» cada seis meses de «actualización de contrato», sin que se les ponga en conocimiento los actos administrativos expedidos con ese fin.

ii. Desconocimiento de lo previsto en el artículo 16 de la Ley 909 de 2004

Al respecto, el señor Castaño Acosta afirmó que las entidades demandadas violaron esta disposición en lo concerniente a la conformación de las Comisiones de Personal, que deben estar integradas por dos representantes de la entidad y dos de los empleados, y estos últimos han de ser de carrera y elegidos por votación directa de sus pares. En ese orden de ideas, resaltó que estas comisiones deben velar porque los procesos de selección para la provisión de empleos y de evaluación del desempeño se realicen de conformidad con lo preceptuado en las normas superiores y con los lineamientos de la CNSC.

Así, arguyó que el acuerdo acusado está viciado de nulidad en la medida en que, cuando este fue expedido, el Ejército Nacional no tenía conformada su Comisión de Personal según los parámetros del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, pues al no haberse celebrado con anterioridad convocatoria de carrera administrativa, no existían empleados de carrera para constituir la, lo que significó que el proceso de selección reglamentado por el acto acusado no contó con la debida vigilancia para garantizar el cumplimiento de la ley.

En todo caso, el demandante sostuvo que el Ministerio de Defensa, en respuesta a un derecho de petición presentado por varios empleados no uniformados del sector administrativo que este dirige, aseveró que existían más de 3000 servidores de esa misma naturaleza en el sistema especial de carrera que los rige, y que entre ellos fue elegida la Comisión de Personal que veló por la legalidad del proceso de selección reglamentado por el acto acusado. Acerca de esto, el señor Cristóbal Enrique Castaño Acosta manifestó que, de ser cierta tal afirmación, ello implicaría que se desconocieron los artículos 13 y 125 de la Constitución y las Leyes 909 de 2004 y 1033 de 2006, ya que se habrían realizado nombramientos en cargos de carrera sin que mediara un concurso abierto de méritos bajo la supervisión de la CNSC⁶.

Finalmente, señaló que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-588 de 2009, declaró inexecutable, con efectos retroactivos, el Acto Legislativo 01 de

⁶ Frente a esto, el demandante pidió que el Consejo de Estado busque la verdad sobre sus dichos, no obstante, se aclara que ello no se corresponde con el objeto de este medio de control.



2008, a través del cual se buscaba adicionar el artículo 125 de la Carta, permitiendo los ingresos automáticos a la carrera.

iii. Transgresión del artículo 4.º (parágrafo) de la Ley 1033 de 2006

El señor Castaño Acosta aseguró que las entidades demandadas violaron el precepto enunciado, que les imponía el deber de adelantar el concurso de méritos para proveer las vacantes de la carrera administrativa especial de los servidores públicos no uniformados del Ejército Nacional dentro del año siguiente a la expedición de los Decretos Leyes 091 y 092 de 2007. En ese sentido, expuso que tal situación marginó de toda posibilidad laboral a las personas que venían ocupando en provisionalidad los cargos ofertados en el concurso reglamentado por el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019 de la CNSC, que en su gran mayoría no lograron superar las pruebas y que, por ello, perdieron todos sus esfuerzos en la prestación de ese servicio esencial.

iv. Inobservancia de los artículos 6.º (literales a), c), d) y g)) de la Ley 1033 de 2006 y 6.º (literal g)) del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017

El demandante señaló que estos preceptos contienen unos principios sobre la modernización, competitividad y operatividad del servicio que prestan los empleados civiles no uniformados de las fuerzas militares y policiales, y particularmente, en lo que tiene que ver con el Decreto Ley 894 de 2017, con la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, desde la perspectiva de la profesionalización de los servidores públicos, quienes, según esa norma, tienen el derecho a acceder en igualdad de condiciones a la capacitación, entrenamiento y a los programas de bienestar de la entidad en la que laboran.

En ese orden, argumentó que la CNSC no tuvo en cuenta dichas disposiciones, toda vez que en la convocatoria demandada se pueden observar empleos cuyo propósito es la asistencia administrativa, en los que se exige como requisito académico mínimo el haber terminado únicamente la básica primaria, y además porque las funciones de los empleados del Ministerio de Defensa «han sido cambiadas a cada momento» y las que cumplían cuando se presentó la demanda no eran las que legalmente les correspondían. Frente a esto último, adjuntó al libelo unas capturas de pantalla con la información de algunos cargos de la Oferta Pública de Carrera (OPEC), tomada de la página web del Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO) de la CNSC, sin explicación acerca de la ilegalidad alegada.



- *Vulneración del artículo 1.º (literal d)) del Decreto Ley 3466 de 1982*

El demandante afirmó que la infracción de este precepto, relativo a la regulación de la propaganda comercial, se concretó con la publicación, en la OPEC de la Convocatoria n.º 637 del Sector Defensa, de un salario base por debajo del mínimo legal. Acerca de esto, pidió que se tengan en cuenta las sentencias C-1141, T-118 y T-333 del 2000, C-415, T-747, C-973 y C-1071 del 2002, y T-145 del 2004, de la Corte Constitucional, sobre propaganda, derechos del consumidor y competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

- *Quebrantamiento del artículo 7.º de la Ley 1033 de 2006*

El señor Castaño Acosta sostuvo que el acuerdo acusado debe ser anulado porque en el momento de su emisión no se había conformado la comisión asesora y de seguimiento al desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas mediante la Ley 1033 de 2006 al Gobierno Nacional para regular el sistema especial de carrera del Sector Defensa, la cual debía ser integrada por tres senadores y tres representantes designados por las mesas directivas de Senado y Cámara. Esta situación, según él, le restó garantías a la convocatoria en estudio.

- *Illegalidad por la venta de doble pin o contraseña para la misma convocatoria*

Frente a este argumento, el demandante aseveró que, en una convocatoria de carrera administrativa para los empleados civiles del Sector Defensa, que se realizó en el 2005 y que no se pudo terminar, se vendieron unos pines o contraseñas para participar en dicho concurso. En ese sentido expuso que, a pesar de que no se finiquitó el certamen, el dinero de la compra de esos pines no fue devuelto a quienes lo pagaron, lo cual, para él, invalida el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC.

4. Reforma a la demanda⁷

El demandante reformó el libelo inicial adicionando un nuevo hecho, relacionado con cuestiones ajenas a este medio de control, que por ello no serán tenidas en cuenta en esta sentencia⁸.

⁷ Folios 47-48 del cuaderno físico principal del proceso, que también puede ser consultado en su versión escaneada en el índice 34 del expediente digital.

⁸ El demandante buscó ampliar su argumento sobre la indebida conformación de la Comisión de Personal del Ejército, poniendo de presente la emisión de una sentencia de tutela el 16 de septiembre de 2019, en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en la que se confirmó el amparo del derecho fundamental de petición del señor Wilson Alfonso Orozco Álvarez, servidor público no uniformado del Ejército Nacional a quien, de acuerdo con dicha providencia, le fue vulnerado tal derecho por la Dirección de Personal de esa entidad. Allí también se exhortó a la CNSC para que conteste todas las solicitudes que se



5. Intervenciones de los coadyuvantes

Los señores Luis Enrique Parada Rodríguez, Alba Rocío Guerrero López, María Isabel Ramírez y Deisy Guillén Jaimes, intervinieron como coadyuvantes de la parte demandante en este medio de control de nulidad⁹. Sin embargo, estas personas se limitaron a pedir que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acuerdo acusado. Para ello, arguyeron que, por circunstancias de fuerza mayor, no pudieron presentar las pruebas de la Convocatoria n.º 637 adelantada por la CNSC¹⁰.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. CNSC¹¹

La CNSC, a través de apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, pidió que se decrete cualquier excepción que se logre probar y que se condene en costas y gastos del proceso al demandante. Igualmente, resaltó que el proceso de selección reglamentado por el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019 cuenta con 1744 vacantes, distribuidas en 819 empleos, para los cuales se inscribieron 41342 aspirantes, y este tuvo un costo de \$2.237.020.000 pesos.

En su argumentación sobre el fondo del asunto indicó lo siguiente:

- *Acerca de la conformación de la Comisión de Personal del Ejército Nacional*

Expuso que, según el artículo 16 de la Ley 909 de 2004 (literales a), c) y g) del numeral 2.º), estas comisiones, al igual que cualquier otro organismo, pueden presentar denuncias ante la CNSC en relación con las irregularidades que se presenten en los procesos de selección. No obstante, aseguró que dicha participación en las convocatorias es eventual y de ella no depende la celebración del concurso, pues ello es competencia constitucional de la entidad que representa en este proceso.

le hagan de conformidad con la ley y, por último, se le hizo un requerimiento a la Fiscalía General de la Nación para que investigara lo relativo a unas aseveraciones del accionante sobre el nombramiento en propiedad en unos empleos de carrera del Ejército, de personas que no participaron en un concurso de méritos para tales efectos.

⁹ Según se puede ver en los memoriales allegados por estas personas, que pueden ser consultados en los índices 54, 56, 57 y 58, del expediente digital, respectivamente.

¹⁰ Esa nueva solicitud fue denegada mediante auto del 10 de septiembre de 2021. Ver índice 63 *ibidem*.

¹¹ La contestación del libelo inicial está en el índice 27 *ibidem* y la del escrito de reforma en el índice 45 *eiusdem*.



En todo caso, señaló que el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2007 previó que las comisiones de personal de las entidades beneficiarias de los procesos de selección llevados a cabo por la CNSC están facultadas para solicitar la exclusión de la lista de elegibles de la persona o personas que, entre otras circunstancias, no hayan cumplido con los requisitos para acceder al cargo o hubiesen cometido algún tipo de fraude. Esto, según ella, también fue tenido en cuenta en el acuerdo acusado.

Por último, explicó que de acuerdo con la sentencia C-030 de 1997 de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable los artículos 5.º y 6.º de la Ley 61 de 1987 y 22 de la Ley 27 de 1992 (que permitieron el ingreso automático a la carrera administrativa de algunos empleados), a aquellos que fueron inscritos en carrera por virtud de dichos preceptos no se les podían desconocer sus derechos adquiridos en esa materia.

- *Frente al plazo para realizar la convocatoria de carrera para el personal civil del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*

La abogada sostuvo que la CNSC, en cumplimiento de sus funciones, inició trámites con las entidades del Sector Defensa desde el 2008 para adelantar la convocatoria de la carrera especial para este personal e hizo peticiones y requerimientos sobre la materia. No obstante, indicó que solo hasta el 2016 se pudo consolidar, cuando, con el apoyo del Ministerio de Defensa como cabeza del sector, se sincronizaron todas las condiciones técnicas, jurídicas, operativas y financieras entre la mayoría de ellas.

En ese sentido, afirmó que, a pesar de que se sobrepasó el plazo previsto en el párrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006 para llevar a cabo la aludida convocatoria, ello no era óbice para que la CNSC ejerciera su competencia después de superado dicho término, como ocurrió con el concurso de méritos reglamentado por el acuerdo acusado, pues, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-753 de 2008, los derechos de carrera no se adquieren por el paso del tiempo.

- *Sobre las medidas de protección para los empleados nombrados en provisionalidad que se encontraban en condiciones de vulnerabilidad*

La apoderada aseguró que los empleados nombrados en provisionalidad no tienen un derecho adquirido a ocupar los cargos que ocupan, dado que estos deben ser provistos a través de procedimientos que permitan la participación en igualdad de condiciones de quienes tengan los méritos para desempeñarlos. Además, con apoyo en el Concepto Marco 09 del 29 de agosto de 2018 del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), sobre la desvinculación de provisionales en situaciones especiales cuando se celebre un



concurso de méritos, aseveró que aquellos empleados que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad poseen una estabilidad laboral relativa, que ha de ceder frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron el concurso, no obstante que, en los eventos en los que la lista de elegibles quede conformada por un número menor de aspirantes frente a los cargos a proveer, la entidad beneficiaria de la convocatoria de carrera debe garantizar que los vacantes sean ocupados, en orden de protección, por: (i) quienes sufran una enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad; (ii) los que acrediten ser padre o madre cabeza de familia; (iii) aquellos que sean prepensionados; y (iv) los que tengan fuero sindical.

- *Respecto de la aplicación del Decreto Ley 894 de 2017 y la profesionalización del servidor público en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, los parámetros establecidos en el artículo 6.º de la Ley 1033 de 2006 y las funciones de los empleados no uniformados del Ejército Nacional*

La abogada argumentó que la aplicación de lo dispuesto en estas normas invocadas por el demandante, y lo relativo a las funciones de los empleos, es competencia de cada entidad, de lo que se infiere que ello no tiene vocación de afectar la validez del concurso de méritos de carrera administrativa, ya que este último tiene un fundamento normativo diferente en los artículos 125 y 130 de la Constitución.

- *En lo concerniente a la prórroga del periodo de los comisionados de la CNSC*

En esta materia, precisó que la prórroga de veinticuatro meses en el periodo institucional de cuatro años de los comisionados de la CNSC, dispuesta por el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006 para garantizar la culminación de las convocatorias de los diferentes sistemas de carrera a cargo de la mencionada entidad, fue aplicable a los tres comisionados elegidos por concurso de méritos y no para quienes hacían parte de sus equipos técnicos de trabajo.

- *Respecto de la Comisión Asesora y de Seguimiento al desarrollo de las facultades legislativas extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional mediante la Ley 1033 de 2006*

La abogada sostuvo que esa comisión parlamentaria no tiene funciones de auditoría frente a las convocatorias de carrera adelantadas por la CNSC, y que, en todo caso, esas facultades extraordinarias fueron desarrolladas con la expedición de los Decretos Leyes 091 y 092 de 2007.



- Acerca de la venta de doble pin para una misma convocatoria

En este tema, aclaró que, por virtud de lo consagrado en el párrafo del artículo 9.º de la Ley 1033 de 2006, las personas que hubiesen pagado el valor de la inscripción para participar en el grupo dos de la Convocatoria 001 de 2005, llevada a cabo por la CNSC, tuvieron derecho a participar en los procesos de selección posteriores sin cancelar nuevamente la inscripción, lo cual, aseguró, se cumplió en el concurso que reglamentó el acuerdo demandado.

- Sobre la reforma de la demanda

La apoderada de la CNSC manifestó que se oponía a las pretensiones que, según ella, fueron incluidas en la reforma de la demanda a saber:

«1. Hacer una revisión nuevamente a la solicitud de suspensión provisional, teniendo en cuenta el memorial enviado en fecha del año anterior e incorporar estas nuevas pruebas allegadas de oficio a su despacho. 2. Solicitar a la fiscalía del municipio de Cimitarra, un informe del proceso iniciado por la Fiscalía General de la Nación en los supuestos hechos que atañen este proceso, basado en la compulsión de copias por parte del tribunal superior de San Gil. 3. Se llame a interrogatorio a los integrantes de la lista que conforma el supuesto concurso de 1999 para verificar la verdad sobre ese concurso. 4. Se llame a interrogatorio como testigo al señor MOISES ORLANDO BODERO MALDONADO. 5. Que se aplique lo dispuesto en la sentencia C- 197 de 1999, que dispone “cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el artículo 4 de la Constitución».

Aquí se aclara que estas pretensiones no están incluidas ni en la demanda ni en el escrito de su reforma¹². En todo caso, frente a ellas, la abogada propuso la excepción de caducidad del medio de control, porque consideró que tienen que ver con situaciones particulares ajenas al estudio de legalidad objetiva propio de la simple nulidad.

2. Ministerio de Defensa Nacional¹³

Refiriéndose a las mismas pretensiones y alegaciones mencionadas por la CNSC en la contestación de la reforma de la demanda, la abogada del Ministerio de Defensa Nacional aseveró que las alegaciones introducidas en ese escrito son ajenas al medio de control de simple nulidad, pues se trata de situaciones particulares que deben ser estudiadas en el de nulidad y restablecimiento del

¹² Se reitera que la reforma de la demanda se limitó a adicionar un hecho relativo a la emisión de una sentencia de tutela por parte de la Sala Penal de Tribunal Superior de San Gil, de la que también se aportó copia.

¹³ El Ministerio de Defensa no contestó el libelo inicial pero sí la reforma de la demanda, pronunciamiento que puede ser consultado en el índice 47 del expediente digital.



derecho. En todo caso, señaló que estas no afectan la validez del acto administrativo de carácter general que fue acusado, y que el demandante no satisfizo la carga argumentativa para desvirtuar la presunción de legalidad que lo cobija.

IV. DETERMINACIÓN ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE SENTENCIA ANTICIPADA

Teniendo en cuenta que no se propusieron excepciones previas¹⁴, mediante auto del 3 de marzo de 2022¹⁵, el consejero sustanciador determinó darle aplicación a lo previsto en el literal c) del numeral 1.º del artículo 182A del CPACA, que dispone que, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el juez puede emitir sentencia anticipada antes de que se celebre la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos en los que solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y su contestación.

En ese sentido, el litigio quedó fijado provisionalmente con los siguientes problemas jurídicos:

«**Primero.** ¿El Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se expidió con violación de los artículos 13, 29, 53 y 125 de la Constitución Política en razón del cambio de vinculación de que fue objeto el personal no uniformado del sector defensa, al pasar de ser empleados de libre nombramiento y remoción a estar nombrados en provisionalidad, con la eventual posibilidad de ser retirados del servicio por efecto del concurso público de méritos?

Segundo. ¿El acto administrativo demandado se expidió con violación del artículo 16 de la Ley 909 de 2004 debido a las presuntas irregularidades en la elección de los miembros de la comisión de personal, encargada de velar porque el concurso público de méritos se celebre conforme a derecho?

Tercero. ¿El acuerdo demandado fue expedido con violación de lo dispuesto en la Ley 1033 de 2006 parágrafo del artículo 4; literales a) c) d) y g) del artículo 6, al igual que del artículo 1, literal g) del Decreto 894 de 2017, por el presunto desconocimiento del término para convocar a concurso público de méritos y del mandato de profesionalización del servidor público del sector defensa?

Cuarto. ¿El acto acusado vulnera el artículo 1 literal d) del Decreto Ley 3466 de 1982 por presuntamente haber publicado como salario básico de los cargos ofertados un valor inferior al salario mínimo?

Quinto. ¿El acuerdo de convocatoria fue expedido con violación del artículo 7 de la Ley 1033 de 2006 porque, presuntamente, al no haberse conformado la comisión asesora y de seguimiento al desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas

¹⁴ Como ya se advirtió, en el escrito de contestación a la reforma de la demanda por parte de la CNSC se propuso la excepción de caducidad del medio de control, pero esta no es previa sino de aquellas llamadas perentorias nominadas que han de ser resuelta en sentencia.

¹⁵ Índice 80 del expediente digital.



en aquella ley, no existían garantías para el desarrollo del concurso público de méritos?

Sexto. ¿El acto administrativo enjuiciado incurre en la causal de infracción de las normas en que debía fundarse por la presunta venta doble del PIN para la misma convocatoria?». ».

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. CNSC¹⁶

Además de reiterar los argumentos de la contestación de la demanda, la CNSC complementó lo dicho sobre el tema de la protección de los empleados en provisionalidad, y en condición de vulnerabilidad, frente a su desvinculación por causa de la realización de un concurso de carrera administrativa. En ese sentido, indicó que el parágrafo 2.º del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, reglamentó lo relativo al orden de protección al que se refiere el Concepto Marco 09 del 29 de agosto de 2018 del DAFP; igualmente, que la Corte Constitucional, en la sentencia T-595 de 2016, precisó, entre otras cosas, que en los eventos en los que no exista diferencia entre las plazas ofertadas en los concursos y aquellas provistas mediante la lista de elegibles, la administración debe generar los medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales para que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos. Así, resaltó que la CNSC no tiene el deber de velar por el cumplimiento de los anteriores parámetros, pues la competencia de dicha entidad llega hasta la conformación de las listas de elegibles.

2. Ministerio de Defensa Nacional¹⁷

El Ministerio expuso algunas generalidades teóricas sobre los actos administrativos y enunció razones similares a las invocadas por la CNSC como respuesta a las alegaciones de nulidad de la demanda. Además, sostuvo que no existió la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso por la recategorización de algunos empleos que eran de libre nombramiento y remoción, que pasaron a ser ocupados en provisionalidad, toda vez que ello se debió al cumplimiento de lo mandado en la Ley 1033 de 2006 y los artículos 6.º y 9.º del Decreto Ley 091 de 2007. En ese sentido, señaló que el cambio en la naturaleza de los empleos del personal civil del Ministerio de Defensa y las Fuerzas Militares y de Policía, no implicaba un nuevo nombramiento sino una incorporación, de acuerdo con la nomenclatura y clasificación de la planta de personal introducida por las normas reglamentarias de las disposiciones legislativas antes mencionadas.

¹⁶ Índice 91 *ibidem*.

¹⁷ Índice 92 *ibidem*.



Respecto de la conformación de la Comisión de Personal del Ejército Nacional, indicó que esta fue constituida mediante la Resolución 002691 del 31 de octubre de 2019, a partir de una convocatoria realizada al personal civil del Ministerio de Defensa con derechos del sistema de carrera administrativa para que eligieran a sus representantes. Sin embargo, aseguró que las funciones de esa comisión no influyen en la validez del acuerdo reglamentario del concurso de méritos adelantado por la CNSC.

Por último, acerca de la venta de doble pin para la convocatoria, expuso que, en desarrollo de esta, el 8 de agosto de 2019 se publicó un aviso en la página web de la CNSC¹⁸, en el que se dijo que por medio del aplicativo SIMO se recibirían las solicitudes de participación sin pago para aquellos aspirantes que se inscribieron en el 2005.

3. Demandante¹⁹

El señor Cristóbal Enrique Castaño Acosta introdujo nuevos argumentos, distintos de los planteados en la demanda y su reforma, que tienen que ver con que:

- (i) El acto administrativo demandado está viciado de nulidad por falsa motivación porque las vacantes ofertadas en la Convocatoria n.º 637 de 2018 para el Sector Defensa, no se basaron en las necesidades del servicio de las unidades ejecutoras establecidas en la Tabla de Organización del Ejército (TOE).
- (ii) En la expedición del Acuerdo 2019100002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC, se violó el derecho al debido proceso de las personas que venían ocupando los empleos ofertados y que no encontraron su cargo en su ciudad de arraigo.
- (iii) El Ministerio de Defensa omitió convocar a las veintidós organizaciones sindicales que existen en la entidad para la elaboración, actualización y modificación del manual de funciones y competencias laborales que sirvió de base para el concurso de méritos.

Finalmente, se refirió a las situaciones particulares de los coadyuvantes en este proceso y reiteró que en el concurso en estudio no se adoptaron medidas para proteger a los empleados nombrados en provisionalidad que se encontraban en situación de vulnerabilidad.

En este punto, **la Sala estima que no es procedente estudiar las nuevas razones introducidas en los alegatos de conclusión por parte del señor**

¹⁸ Enlace: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/avisos-informativos-procesos-de-seleccion-624-a638-de-2018-sector-defensa?start=14>.

¹⁹ Índice 93 del expediente digital.



Castaño Acosta, toda vez que, como lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación, en ese momento del proceso la actuación de las partes ha de circunscribirse a razonar sobre lo acontecido y debatido en el trámite²⁰, partiendo de la demanda y su contestación, todo lo cual quedó sintetizado en el auto que determinó dar aplicación a las normas sobre sentencia anticipada y fijó el litigio²¹. Igualmente, porque aceptar tal posibilidad implicaría una vulneración del derecho de defensa de la contraparte, que quedaría privada de la oportunidad de pronunciarse sobre las nuevas censuras que se hagan respecto del acto administrativo acusado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este proceso.

VII. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa relativa a la decisión sobre la excepción de caducidad del medio de control

Como ya quedó definido, la única pretensión a estudiar en este medio de control consiste en que, en los términos del artículo 137 del CPACA²², se declare la nulidad del Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, acto administrativo general proferido por la CNSC. En ese sentido, se recuerda que la excepción de caducidad propuesta por esta última entidad en la contestación a la reforma de la demanda se refiere a unas pretensiones que no fueron incluidas en esta.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la demanda del medio de control de simple nulidad puede ser presentada en cualquier tiempo²³, no hay lugar a declarar la excepción de caducidad.

²⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 21 de julio y del 10 de noviembre de 2016, rad. 25000-23-25-000-2006-08380-03(1216-12) y 08001-23-31-000-2011-00529-01(3852-15), respectivamente. Sección Primera, sentencia del 23 de abril de 2020, rad. 11001-03-24-000-2011-00003-00; Sección Cuarta, sentencia del 22 de abril de 2021, rad. 68001-23-31-000-2012-00058-01(25427), entre otras.

²¹ Auto del 3 de marzo de 2022, ver índice 80 del expediente digital.

²² CPACA, art. 137: «Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. [...]».

²³ CPACA, art. 164, n.º 1, lit. a: «Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código; [...]».



2. Problemas jurídicos

Esta Subsección considera que los problemas jurídicos a resolver en esta sentencia deben ser los mismos que se formularon en el auto que fijó el litigio. No obstante, los seis inicialmente enunciados aumentarán a nueve, de acuerdo con los siguientes motivos:

En primer lugar, se ajustará el tercero, inicialmente, en la referencia al artículo 1.º, literal g) del Decreto Ley 894 de 2017, según lo planteó el demandante, toda vez que ese literal no pertenece a ese artículo, sino al 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, que fue modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894. Por lo tanto, la contrastación normativa del acto acusado se hará frente al literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, en su versión modificada por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017.

Además, este problema será dividido en dos para, por un lado, estudiar lo concerniente a la violación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006 respecto del término para convocar al primer concurso de méritos del sistema especial de carrera del Sector Defensa. Y por el otro, analizar lo relativo a la transgresión de lo consagrado en los literales a) c) d) y g) del artículo 6.º, al igual que del literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017, acerca del mandato de profesionalización del servidor público del Sector Defensa. Así, las preguntas que serán respondidas a partir de la modificación de la enunciación original de este problema son las que se enseñan a continuación:

Tercero: ¿El acuerdo demandado fue expedido con violación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006 por el presunto desconocimiento del término para convocar al primer concurso público de méritos del sistema especial de carrera del personal no uniformado del Sector Defensa?

Cuarto: ¿El acto administrativo acusado se profirió con inobservancia de lo preceptuado en los literales a) c) d) y g) del artículo 6.º, al igual que del literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017 respecto del mandato de profesionalización del servidor público del Sector Defensa?

Del mismo modo, añadirá otros dos problemas, que tienen que ver con argumentos contenidos en el acápite de los hechos de la demanda y que fueron contestados por la CNSC, relacionados con el desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006 sobre la prórroga del periodo institucional de los comisionados nacionales del Servicio Civil de la época; y con la falta de protección especial para las empleadas maternas, los que fueron desplazados por la violencia, los que son madres o padres cabeza de familia, los



discapacitados y los que estaban próximos a adquirir su pensión. En ese sentido, las dos preguntas que se adicionan son las siguientes:

Octavo: ¿El acuerdo demandado está viciado de nulidad por la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006 a partir de la presencia en el Ejército Nacional de representantes de esa entidad ante la CNSC que llevan más de veinte años cumpliendo esa función?

Noveno: ¿El acto administrativo demandado está viciado de nulidad porque al ser expedido no se previeron medidas de protección para los empleados nombrados en provisionalidad que se encontraban bajo circunstancias de vulnerabilidad por causa de maternidad, desplazamiento forzado, discapacidad y prepensionados?

Igualmente, teniendo en cuenta que todos los problemas jurídicos están enmarcados en la causal de anulación por la violación de las normas en las que debía fundarse el acto administrativo, a continuación, se dará una breve ilustración sobre su contenido y alcances:

La causal de nulidad por la violación de las normas en las que debía fundarse el acto administrativo

Esta causal ha sido vista por parte de la doctrina como «genérica»²⁴, en la medida en que las demás causales específicas pueden comprenderse dentro de la violación de las normas superiores en las que debería fundarse el acto administrativo, ya que aspectos como la competencia, el procedimiento, los motivos y las finalidades del acto, están señalados en preceptos de mayor jerarquía, que deben ser observados en su expedición²⁵.

No obstante, también se ha dicho que, por razones de técnica y respeto a la tradición doctrinaria y jurisprudencial²⁶, además de la necesidad de darle una lectura racional y eficaz de la norma²⁷, esta causal debe diferenciarse de las

²⁴ Consuelo Sarria Olcos, Comentario al artículo 137 del CPACA, en: *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, 2.ª ed., Jose Luis Benavides (editor), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 373-374.

²⁵ De hecho, el artículo 52 de la Ley 130 de 1913, «Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo», inicialmente preceptuó que la anulación de los actos administrativos procedía por una causal genérica referida a la violación de la Constitución y la ley. Luego, con la sucesiva expedición de las leyes y códigos en materia de lo contencioso administrativo, esa causal derivó en las seis que se aplican en la actualidad.

²⁶ Carlos Betancur Jaramillo, *Derecho procesal administrativo*, 8.ª ed., Medellín, Señal Editora, 2013, p. 290.

²⁷ Luis Enrique Berrocal Guerrero, *Manual del acto administrativo*, 7.ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2016, p. 548.



demás y, en ese sentido, su aplicación es residual, lo que quiere decir que podrá invocarse si los hechos no encuadran en una causal distinta²⁸.

En todo caso, el significado estricto de esta causal ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Corporación como la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: (a) Falta de aplicación, (b) aplicación indebida o (c) interpretación errónea²⁹.

(a) La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, pues la analiza o valora, no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. En estos eventos se está ante un caso de violación de la ley por falta de aplicación, no de su interpretación errónea, debido a que la norma, por no haber sido aplicada, no trascendió al caso decidido.

(b) Por su parte, la aplicación indebida tiene lugar cuando las disposiciones jurídicas se emplean a pesar de no ser las pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. Este error puede originarse por dos circunstancias: (i) En los casos en los que la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma, por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y, (ii) cuando no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

(c) Finalmente, se incurre en este vicio de manera directa al dársele una interpretación errónea a los preceptos aplicados. Esto sucede cuando las disposiciones son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente y así las aplica. Es decir, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde³⁰.

2.1. Primer problema jurídico

¿El Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se expidió con violación de los artículos 13, 29, 53 y 125 de la Constitución Política debido al cambio de vinculación de que fue objeto el personal no uniformado del Sector Defensa, al pasar de ser empleados de libre

²⁸ Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, *Anulación de los actos de la administración pública*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p. 213.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de marzo de 2012, rad. 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660).

³⁰ *Ibidem*.



nombramiento y remoción a estar nombrados en provisionalidad, con la eventual posibilidad de ser retirados del servicio por efecto del concurso público de méritos?

Tesis de la Sala: El Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se expidió con violación de los artículos 13, 29, 53 y 125 de la Constitución Política, debido al cambio de vinculación de que fue objeto el personal no uniformado del Sector Defensa, al pasar de ser empleados de libre nombramiento y remoción a estar nombrados en provisionalidad, **toda vez que dicho acto administrativo no fue el que lo produjo**. Además, es posible afirmar que dicha variación respondió a la aplicación de lo consagrado en los artículos 13 y 125 de la Carta, también que lo sostenido por el demandante frente a la violación del artículo 29 *ibidem* atañe a situaciones particulares ajenas a este medio de control y que no hay transgresión del artículo 53 *ejusdem* cuando un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera es retirado del servicio por no ganar el concurso de méritos que se realice para ocuparlo.

Para resolver este problema jurídico se abordarán los siguientes temas: (2.1.1) Evolución normativa relativa a la vinculación laboral de los empleados públicos que hacen parte del personal civil del Sector Defensa y (2.1.2) caso concreto.

2.1.1. Evolución normativa relativa a la vinculación laboral de los empleados públicos que hacen parte del personal civil del Sector Defensa

El personal civil del Sector Defensa está compuesto por todos aquellos empleados públicos y trabajadores oficiales que realizan labores eminentemente administrativas y de apoyo o coadyuvancia al Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades adscritas y vinculadas y a la Fuerza Pública, y que no son, en estricto sentido, miembros uniformados de esta última (Fuerzas Militares y de la Policía Nacional)³¹.

En lo que tiene que ver con la vinculación laboral a la organización estatal de los empleados públicos, esto es, de los servidores que tienen un nexo legal y reglamentario con el Estado³², desde el primer estatuto emitido en la materia mediante el Decreto Ley 2339 de 1971³³, se determinó que estaban excluidos de la carrera administrativa, no obstante que en su nombramiento debía prevalecer

³¹ A los uniformados, por lo demás, se les aplican las prohibiciones del artículo 219 de la Carta y cuentan con un régimen especial de carrera, que tiene origen en los artículos 217 y 218 *ibidem*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de julio de 1996, rad. 842 y Corte Constitucional, sentencia C-753 de 2008.

³² No se analizará lo relativo a los trabajadores oficiales de vínculo contractual.

³³ «Por el cual se dicta el Estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional».



un sistema de selección por méritos, aptitudes e integridad moral³⁴.

Tal previsión fue reiterada en las distintas normas que reformaron el estatuto de este personal, incluido el Decreto Ley 1214 de 1990³⁵, que en su artículo 8.º dispuso lo siguiente:

«ARTICULO 8.º Exclusión de la carrera administrativa y facultad de libre nombramiento y remoción. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional no pertenecen a la Carrera Administrativa y son de libre nombramiento y remoción de las respectivas autoridades nominadoras, incluyendo a quienes se encuentren inscritos en otras carreras o escalafones especiales; en su nombramiento prevalecerá un sistema de selección por méritos, aptitudes e integridad moral».

Ahora bien, en el marco de la evolución constitucional de la carrera administrativa en Colombia³⁶, la Carta Política de 1991, en su artículo 125³⁷, fijó la regla general de la carrera como forma de ingreso y permanencia en los cargos públicos, con excepción de aquellos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. En virtud de ello y de una demanda de inconstitucionalidad del artículo 8.º del Decreto Ley 1214 de 1990, la Corte Constitucional, en la sentencia C-356 de 1994, declaró la inexecutable de dicho precepto, bajo la consideración de que, para no invertir la relación entre regla y excepción, la competencia del legislador en esta materia es restringida y, además, porque a la luz de la Norma Superior no es posible excluir del sistema de carrera a todo un grupo de empleados, como los que hacen parte del personal civil no uniformado del Sector Defensa, solo con base en las materias que les corresponde atender, sino que es necesario que ello se funde en las condiciones particulares de cada empleo o cargo.

³⁴ DL 2339/1971, art. 8: «EXCLUSIÓN CARRERA ADMINISTRATIVA. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa, de la Secretaria General, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no pertenecen a la carrera administrativa y en su nombramiento prevalecerá un sistema de selección por méritos, aptitudes e integridad moral».

³⁵ «Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional».

³⁶ Que tiene sus orígenes en la reforma plebiscitaria de 1957, aunque se aclara que la primera norma en la materia fue la Ley 165 de 1938 «[p]or la cual se crea la carrera administrativa».

³⁷ CP, art. 125: «Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. [...]».



Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente³⁸:

«[N]o es posible establecer discriminaciones entre los empleados públicos, de manera que unos sean de carrera y otros no, por ejemplo en razón de la circunstancia de que unos estén prestando sus servicios en instituciones encargadas de la seguridad o de la prestación de otros servicios, como los de agua, luz, teléfono, alcantarillado, etc.; **puesto que es justamente para asegurar la mejor utilización de los recursos humanos de las instituciones públicas, a fin de alcanzar la mayor eficiencia en esos objetivos institucionales, para lo que se ideó el sistema de carrera administrativa.** No pudiendo racionalmente alegarse que ese expediente racionalizador y civilizador de las vías de acceso a la función pública sea contrario o incompatible con las funciones de mantenimiento del orden público, de la seguridad interior o exterior de la República. Porque justamente, el constituyente creó la carrera administrativa para mejorar el ingreso, la calificación profesional y técnica, las condiciones de los empleados y su mayor eficiencia, y esto no puede ser contrario al esencial fin social y político que corresponde cumplir al Ministerio de Defensa y a la Policía Nacional. [...]

[Así], [a]l no hacer distinción el artículo 8.º, objeto de crítica, entre un tipo y otro de funcionarios del personal civil, para excluir a los de la naturaleza antes indicada de la carrera, dirigiéndose a todos, resulta por esa generalidad contraria a los alcances de la carrera administrativa, tal como es concebida en la Constitución Política. El carácter civil del personal no puede, por sí solo, ser motivo para la exclusión del instituto de la carrera. [...]». (Negrita fuera de texto).

A partir de esta declaratoria de inexecutable, debió entenderse entonces que los empleos del personal civil del Sector Defensa pertenecían a la carrera administrativa general, la cual en ese momento estaba regulada a nivel legal por las Leyes 61 de 1987³⁹ y 27 de 1992⁴⁰. Luego, fue expedida la Ley 443 de 1998⁴¹, que derogó la anterior normativa. Su artículo 3.^o⁴² incluyó expresamente en el sistema general de carrera a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como a los de sus entidades descentralizadas adscritas o vinculadas, no obstante que para ellos se dispusieron algunas normas especiales, como las que tienen que ver con la realización de estudios de seguridad en el marco de los concursos de méritos

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-356 de 1994.

³⁹ «Por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones».

⁴⁰ «Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones». Entendiendo igualmente que lo que esa ley dispuso en el inciso tercero de su artículo 2.º, sobre la aplicación del estatuto especial para los servidores del Ministerio de Defensa, quedó sin fundamento con la inexecutable declarada en la sentencia C-356 de 1994.

⁴¹ «Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones».

⁴² L. 443/1998, art. 3: «Campo de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados; en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías; en las entidades públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera; al personal administrativo de las instituciones de educación primaria, secundaria y medio vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como a los de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores».



para ingresar a la carrera⁴³.

Posteriormente, el Gobierno Nacional, invocando las facultades legislativas extraordinarias otorgadas al presidente de la República mediante la Ley 578 de 2000⁴⁴, emitió el Decreto Ley 1792 de ese año, con el que modificó el estatuto sobre la administración del personal civil del Ministerio de Defensa y estableció, en su artículo 57, una carrera administrativa especial para ellos⁴⁵. Este último precepto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-757 de 2001, que valoró que lo regulado en él implicaba una reforma de la Ley 443 de 1998 que no estaba comprendida dentro de las facultades otorgadas al primer mandatario.

Después de esto fue proferida la Ley 909 de 2004⁴⁶ que, al igual que la Ley 443 de 1998, incluyó dentro del ámbito de aplicación del sistema general de carrera a los empleados públicos no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional⁴⁷. En vigencia de la nueva norma, la CNSC, como entidad encargada de la administración y vigilancia del mencionado sistema, expidió la Resolución n.º 0171 del 5 de diciembre de 2005, por medio de la cual convocó «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», certamen que fue llamado Convocatoria n.º 001 de 2005 y fue agrupado por entidades. En el Grupo II se encontraban el Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y sus entidades adscritas y vinculadas.

Estando en curso la anterior convocatoria, las disposiciones de la Ley 909 de 2004, concernientes a los empleados civiles del Sector Defensa, fueron derogadas por la Ley 1033 del 18 de julio de 2006⁴⁸, norma actualmente vigente,

⁴³ Cfr. L. 443/1998, art. 21, par.

⁴⁴ «Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional».

⁴⁵ DL 1792/2000, art. 57: «CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Los empleados públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional se registrarán por una Carrera Administrativa Especial, de conformidad con lo previsto en el presente Decreto.

Esta carrera es un sistema técnico, que constituye el fundamento de la administración de personal, que ofrece igualdad de oportunidades para el ingreso a los cargos de la Entidad, que garantiza la promoción y permanencia en los mismos con base en el mérito, sin que motivos como raza, religión, sexo, filiación política o consideraciones de otra índole puedan tener injerencia alguna.

La carrera especial promueve la formación y capacitación para el desarrollo personal y para el mejor desempeño del servidor, buscando garantizar el cumplimiento de la misión del Ministerio».

⁴⁶ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

⁴⁷ Cfr. L. 909/2004, art. 3, n.º 1, lit. a.

⁴⁸ «Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se



a través de la cual se creó la carrera administrativa especial para estos empleos y se le confirieron facultades legislativas extraordinarias al presidente de la República sobre la materia⁴⁹.

El párrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 dispuso que la convocatoria para proveer los empleos de la carrera especial del Sector Defensa, que se encontraban vacantes o estuvieran provistos por encargo o nombramiento provisional, debía efectuarse dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de los decretos que desarrollaran las facultades extraordinarias contenidas en dicha ley. Y sobre la situación de los empleados no uniformados, el artículo 5.º *ibidem* preceptuó lo que a continuación se transcribe:

«Artículo 5.º. Mientras se expiden los decretos con fuerza de ley que desarrollen las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en la presente ley, los cargos del Sector Defensa continuarán siendo ocupados por los funcionarios de carácter provisional y los cargos vacantes podrán proveerse de manera provisional».

derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política».

⁴⁹ En los antecedentes de la discusión del Proyecto de Ley n.º 258 de 2006, Senado, que dio origen a la Ley 1033 de 2006, se justificó la creación de esta carrera especial de la siguiente manera:

«La justificación de este proyecto de ley se presenta con base en fundamentos constitucionales que han encargado al Ministerio de Defensa Nacional, a sus entidades descentralizadas, a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, la misión de coadyuvar con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado que propenden por brindar a nuestro país la defensa y seguridad nacional a través del empleo legítimo de la fuerza, para mantener la soberanía nacional, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, y contribuir a garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos, obligaciones y libertades públicas.

Las anteriores funciones dejan ver claramente su naturaleza singular y especial, las cuales por tanto deben ser desarrolladas por servidores públicos que respondan a la inmensidad de las mismas, contando por una parte, con unas calidades personales especiales adicionales a las requeridas para cualquier otro empleo público, calidades estas, fundamentadas en la lealtad, la confianza absoluta y el honor, y por otra, con unos conocimientos específicos en el sector defensa cuyos asuntos están en el ámbito exclusivo de reserva, orden público y seguridad nacional.

Es importante resaltar, que el Ministerio de Defensa Nacional siempre ha respetado los preceptos legales establecidos a través de la normatividad legal que hacen referencia al empleo público. No obstante, siempre se ha diferenciado de los demás sectores públicos toda vez que la seguridad nacional implica necesariamente un trabajo militar y policial, acompañado de la gestión laboral del personal civil no uniformado, personal que en cumplimiento de su labor de manera imprescindible se ve abocado a conocer lugares e información de defensa y seguridad, temas de gran trascendencia para cualquier Nación, y que en salvaguarda de los mismos comporta dar una connotación especial a la forma de vinculación, permanencia, ascenso y retiro de este personal a la entidad.

Por lo anterior, dada la naturaleza de las funciones que cumple la institución y por razones de “necesidad” o “conveniencia pública”, se requiere que la misma cuente con una normatividad especial que regule el ingreso, la permanencia, el retiro y los aspectos relacionados con la administración de personal de los servicios públicos civiles no uniformados, que en aplicación del criterio de flexibilidad en la organización y gestión de la función pública, pueda adecuarse a dicha necesidad con el fin de satisfacer adecuadamente el interés general y la efectiva prestación del servicio constitucionalmente encomendado»: Camilo Ospina Bernal, *Exposición de motivos al Proyecto de Ley n.º 258 de 2006 -Senado-*, en: Gaceta del Congreso nº 58, del martes 4 de abril de 2006: citado en: Corte Constitucional, sentencia C-308 de 2007.



Igualmente, en la ley en comento se autorizó a la CNSC para que realizara los ajustes y modificaciones pertinentes a la Convocatoria n.º 001 de 2005, y en virtud de ello emitió la Resolución n.º 1382 del 3 de agosto de 2006, a través de la cual excluyó a las entidades del Grupo II del certamen y adoptó otras medidas⁵⁰.

Ahora bien, con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1033, el Gobierno emitió los Decretos Leyes 091 y 092 del 17 de enero de 2007. El primero fue el que reguló el sistema especial de carrera y el segundo hizo lo propio en lo concerniente al sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades que integran el Sector Defensa. En lo que aquí interesa, el Decreto 091 previó que este sector está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como por sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas⁵¹, y que los empleos del personal civil en ellas son de carrera⁵², con excepción de los que dicha norma clasifica como de periodo fijo⁵³ y de libre nombramiento y remoción⁵⁴.

⁵⁰ Tal y como se menciona en las páginas 1 y 2 de las consideraciones del acto administrativo acusado.

⁵¹ DL 091/2007, art. 2.

⁵² DL 091/2007, art. 9: «Empleos de carrera pertenecientes al sistema especial del sector defensa. Los empleos públicos del personal civil y no uniformado en el Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, son de Carrera pertenecientes al Sistema Especial del Sector Defensa, con excepción de los de período fijo y de los de libre nombramiento y remoción».

⁵³ DL 091/2007, art. 7: «Empleos de período fijo. Son empleos de período fijo:

1. Magistrado del Tribunal Superior Militar.
2. Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar».

⁵⁴ DL 091/2007, art. 8: «Empleos de libre nombramiento y remoción. Son empleos de libre nombramiento y remoción los siguientes:

1. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así como los que tengan asignadas funciones de asesoría en materias directas o de apoyo a la seguridad y defensa, así: Ministro, Viceministro, Superintendente, Gerente, Presidente o Director General o Nacional de entidad descentralizada adscrita o vinculada o de Unidad Administrativa Especial, Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada, Superintendente Delegado, Secretario General, Subgerente, Vicepresidente o Subdirector General, Nacional o Administrativo de entidad descentralizada, adscrita o vinculada o de Unidad Administrativa Especial, Director del Sector Defensa, Asesor de Defensa o Misional, Jefe de Oficina del Sector Defensa, Obispo y Vicario Castrense, Subdirector o Auditor del Sector Defensa, Jefe de Oficina Asesora del Sector Defensa.

2. Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, profesionales, técnicas, asistenciales o de apoyo, siempre y cuando tales empleos en los decretos de planta, se encuentren adscritos a los siguientes despachos así:

- a) Ministro, Viceministro y Secretario General;
- b) Comandante General y Jefe de Estado Mayor Conjunto, de las Fuerzas Militares;
- c) Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza;
- d) Director y Subdirector de la Policía Nacional;
- e) Superintendente y Superintendente Delegado;
- f) Jefaturas y Direcciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como Comandantes de Unidades, y Reparticiones de Inteligencia, Operaciones y Comunicaciones en las Fuerzas Militares y su equivalente en la Policía Nacional;
- g) Director, Presidente o Gerente General de entidad descentralizada, adscrita o vinculada;
- h) Director de la Justicia Penal Militar, Director General Marítimo, Director General de Sanidad Militar, Director General de Sanidad de la Policía Nacional, o de quien haga sus veces;
- i) Director de Investigación Criminal, o de quien haga sus veces.



En ese sentido, sobre el primer concurso para proveer los empleos de carrera del nuevo sistema especial, el artículo 81 *ibidem* dispuso lo siguiente:

«Artículo 81. Convocatoria para el primer concurso del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa. Teniendo en cuenta que la Convocatoria número 001 de 2005 realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el Sector Defensa, fue abierta permitiendo la participación libre de todas las personas, para el primer concurso que se lleve a cabo en el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, la convocatoria tendrá como válidas las inscripciones realizadas bajo la mencionada convocatoria, sin perjuicio de la posibilidad de actualización y modificación de datos e inscripción.

Los empleados públicos del Sector Defensa que se encuentren nombrados en provisionalidad al momento de producirse las modificaciones y actualizaciones de datos de que trata el presente artículo, podrán ser incluidos en las listas de inscritos para el primer concurso del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa».

Se destaca que el artículo 17 de dicho decreto preceptuó que el objetivo de ese y los demás procesos de selección de esta carrera especial es «garantizar el ingreso de personal idóneo y con las condiciones de seguridad requeridas [...] con base en el mérito, mediante procedimientos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes demuestren poseer los requisitos para ingresar».

También, que en él se previeron algunas determinaciones acerca de los empleados civiles del Sector Defensa que venían ocupando los cargos que serían ofertados en el primer concurso de la carrera especial. Por un lado, frente a los que según dicha norma con fuerza de ley pertenecían a la carrera general, el artículo 73 consagró que estos podían, dentro de los tres meses siguientes a la expedición del decreto, solicitar el traslado de sus derechos de carrera al del sistema especial y, en el evento en el que optaran por no ejercer esta facultad, continuarían rigiéndose hasta su retiro por las normas que regulan el sistema general, pero en todo caso el empleo o cargo haría parte de la carrera especial ante una eventual vacancia.

3. Los empleos cuya naturaleza corresponde a funciones de orientación, acompañamiento espiritual, o que guarden relación directa con labores de inteligencia, confianza, seguridad o protección de los integrantes de la Fuerza Pública.

4. Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

5. Los empleos que se encuentren en el nivel de Orientador de Seguridad o Defensa, en el Nivel Técnico o Asistencial en la categoría de servicios o de inteligencia.

6. Los empleos misionales del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que guarden relación directa con la atención de los integrantes de la Fuerza Pública, cuyo ejercicio implica confianza, seguridad y permanente disponibilidad.

7. Los empleos pertenecientes a la Justicia Penal Militar de que trata la Ley 940 de 2005 o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, con excepción de los empleos de período fijo».



Por el otro, respecto de quienes ocupaban los empleos de carrera en provisionalidad, además de lo que ya se tuvo la oportunidad de observar en el segundo inciso del artículo 81 sobre la inscripción en el primer concurso, el artículo 57 dispuso que, en lo que tiene que ver con las causales del retiro del servicio, a pesar de que estos empleados estuvieran amparados con fuero sindical, no sería necesaria la autorización judicial para retirarlos cuando los empleos fueran convocados a concurso y el empleado que lo ocupase no participare en él, y cuando el servidor no ocupare los puestos que permitiesen su nombramiento en estricto orden de mérito.

Del mismo modo, se resalta que el artículo 82 *ejusdem* previó que antes de la primera convocatoria del sistema especial del personal civil, el Ministerio de Defensa debía actualizar los cargos de la Convocatoria 001 de 2005 realizada por la CNSC, de acuerdo con la clasificación de los empleos prevista en dicho decreto ley, y con la nomenclatura y clasificación propias del Sector Defensa, siendo procedentes las modificaciones a que hubiere lugar, disminuyendo o aumentando el número de empleos convocados.

Es importante tener presente que, en la sentencia C-753 de 2008, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de algunas disposiciones del Decreto Ley 091 de 2007, por considerar que violaban el artículo 130 de la Constitución, que le asigna a la CNSC la función de administrar y vigilar, no solo el sistema general de carrera, sino también aquellos especiales o específicos creados por la ley y que no tengan origen directamente en la Carta Política; en esa ilación, todos los preceptos relativos a la competencia del Ministerio de Defensa para dirigir y llevar a cabo estos concursos fueron valorados como inconstitucionales por ese Alto Tribunal.

Finalmente, se realza que el Congreso de la República, mediante el Acto Legislativo 01 de 2008, adicionó un párrafo transitorio al artículo 125 de la Norma Superior, permitiendo la inscripción extraordinaria y sin concurso público de los servidores encargados o provisionales en los empleos vacantes de carrera que estuvieran ocupando. No obstante, dicha reforma fue declarada inexecutable, con efectos retroactivos, en la sentencia C-588 de 2009 de la Corte Constitucional, en la que se determinó que quedaban reanudados los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos con fundamento en ese acto y que carecían de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos en esta que se hubieren realizado con base en él.

2.1.2. Caso concreto

Con fundamento en lo anterior, hay que tener como premisa para resolver este problema jurídico que el cambio más relevante en materia de vinculación laboral



de los empleados civiles no uniformados se dio con la declaratoria de inexecutable del artículo 8.º del Decreto Ley 1214 de 1990 a través de la sentencia C-356 de 1994 de la Corte Constitucional, que conllevó, a partir de ese momento, la modificación en la naturaleza del nexo entre los empleados civiles del Sector Defensa con la organización estatal, bajo el entendido de que, en virtud de lo consagrado en el artículo 125 de la Constitución, estos empleos debían ser, por regla general, de carrera.

Por lo tanto, en virtud de la misma disposición constitucional que se acaba de mencionar⁵⁵, y también del entonces vigente artículo 10 de la Ley 27 de 1992⁵⁶, los empleos públicos del personal civil del Sector Defensa, que por sus condiciones particulares no eran de libre nombramiento y remoción o de periodo fijo, debían ser provistos a través de un concurso, y mientras este se realizaba, podían ser ocupados en encargo o con nombramiento provisional.

Así las cosas, hay que afirmar que no le asiste razón al demandante en lo relativo a la alegada violación de los artículos 13, 29, 53 y 125 de la Constitución Política, en la que, según él, incurrieron la CNSC y el Ejército Nacional al proferir el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, por haberse presentado el cambio en la vinculación de los empleados no uniformados de esa institución militar, **toda vez que dicho acto administrativo no fue el que generó esa variación en el ordenamiento jurídico.**

Por lo demás, se recuerda que, contrario lo dicho por el señor Castaño Acosta, la declaración de inexecutable del precepto que excluía al personal civil del Sector Defensa de la carrera se fundó, precisamente, en algunos de los preceptos invocados por él como transgredidos, como son los artículos 13 y 125 de la Carta, sobre el principio de igualdad y la regla general de la carrera para ingresar y ascender en el empleo público.

Asimismo, esta Subsección estima que lo expuesto por el demandante, en lo que tiene que ver con la vulneración del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución porque a los empleados que cambiaron su vinculación de libre nombramiento y remoción a provisionales no se les informó de los alcances de

⁵⁵ Que prevé en su inciso tercero que «[e]l ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes».

⁵⁶ L 27/1992, art. 10: «De la provisión de los empleos. La provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hará por nombramiento ordinario. La de los de carrera se hará, previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso.

Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales.

El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales».



tal variación ni se les notificó ninguna decisión sobre el asunto, está relacionado con situaciones particulares que surgieron cuando se declaró la inexecutable del artículo 8.º del Decreto Ley 1214 de 1990, que no afectan la validez del acto administrativo general que aquí se estudia, y que, en todo caso, en el evento en el que no haya caducado la acción, pueden ser controvertidas a través de otros medios de control, como el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por último, sobre la vulneración del artículo 53 de la Carta que regula el derecho al trabajo, a partir del hecho de que las personas que se desempeñan en provisionalidad pueden llegar a ser retiradas como consecuencia del concurso reglamentado por el acto acusado, debe tenerse presente que la provisionalidad confiere unos derechos que difieren de los que se les atribuyen a los nombramientos efectuados luego de haber superado las etapas de un concurso de méritos, y su estabilidad laboral está supeditada a la designación del titular del cargo con arreglo al principio del mérito. En este sentido, puede entenderse que, si bien las personas que desempeñan funciones públicas bajo esta modalidad se pueden ver afectadas en sus intereses, al ser retiradas como consecuencia de un proceso de selección, estos deben ceder ante el interés general que lleva consigo la realización del principio del mérito⁵⁷.

En conclusión: El Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se expidió con violación de los artículos 13, 29, 53 y 125 de la Constitución Política, debido al cambio de vinculación de que fue objeto el personal no uniformado del Sector Defensa, al pasar de ser empleados de libre nombramiento y remoción a estar nombrados en provisionalidad, **toda vez que dicho acto administrativo no fue el que lo produjo**. Además, es posible afirmar que dicha variación respondió a la aplicación de lo consagrado en los artículos 13 y 125 de la Carta, también que lo sostenido por el demandante frente a la violación del artículo 29 *ibidem* atañe a situaciones particulares ajenas a este medio de control y que no hay transgresión del artículo 53 *ejusdem* cuando un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera es retirado del servicio por no ganar el concurso de méritos que se realice para ocuparlo.

⁵⁷ Se resalta lo considerado en la sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional, en el siguiente aparte: «[...] Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos [...]». En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 14 de abril de 2016, rad. 11001-03-25-000-2007-00078-00(1552-07).



2.2. Segundo problema jurídico

¿El acto administrativo demandado se expidió con violación del artículo 16 de la Ley 909 de 2004 debido a las presuntas irregularidades en la elección de los miembros de la comisión de personal, encargada de velar porque el concurso público de méritos se celebre conforme a derecho?

Tesis de la Sala: El acuerdo demandado no se expidió con violación del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, dado que dicha disposición no era aplicable a la conformación de las comisiones de personal en el sistema especial de carrera del Sector Defensa, regulada por los artículos 62 a 64 y 91 del Decreto Ley 091 de 2007.

En la solución de este problema se estudiará lo siguiente: (2.2.1) Regulación aplicable a las comisiones de personal en el sistema especial de carrera del Sector Defensa, en relación con su ubicación en el esquema constitucional de la carrera. (2.2.2) Alcances de la presunción de legalidad de los actos administrativos frente a su control judicial y (2.2.3) caso concreto.

2.2.1. Regulación aplicable a las comisiones de personal en el sistema especial de carrera del Sector Defensa, en relación con su ubicación en el esquema constitucional de la carrera

Según el artículo 130 de la Constitución de 1991⁵⁸, en Colombia existe, por un lado, el sistema general de carrera administrativa, que se aplica a las entidades que pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado, y que se encuentra regulado en la Ley 909 de 2004⁵⁹. Por el otro, los sistemas especiales de origen constitucional⁶⁰, que, de acuerdo con la Carta Política, corresponden a los de las universidades estatales⁶¹, uniformados de las Fuerzas Militares⁶² y la Policía Nacional⁶³, la Fiscalía General de la Nación⁶⁴, la Rama Judicial⁶⁵, la Registraduría Nacional del Estado Civil⁶⁶, la Contraloría General de la República⁶⁷, las contralorías territoriales⁶⁸ y la Procuraduría General de la Nación⁶⁹.

⁵⁸ CP, art. 130: «Habrà 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».

⁵⁹ L 909/2004, art. 3.

⁶⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2015.

⁶¹ CP, art. 69.

⁶² CP, art. 217.

⁶³ CP, art. 218.

⁶⁴ CP, art. 253.

⁶⁵ CP, art. 256, n.º 1.

⁶⁶ CP, art. 266.

⁶⁷ CP, art. 268, n.º 10.

⁶⁸ CP, art. 268 (parágrafo transitorio introducido por el Acto Legislativo 04 de 2019).

⁶⁹ CP, art. 279.



Además de estas dos categorías, que tienen fundamento expreso en el texto constitucional, existe una tercera, conformada por los sistemas especiales o específicos de carrera creados por el legislador, que se basan en la potestad del Congreso para expedir las leyes que regulen el ejercicio de las funciones públicas⁷⁰ y responden a la singularidad y especialidad de las tareas encomendadas a las entidades en las cuales se aplican, y para ello cuentan con regulaciones propias, diferentes a las del sistema general⁷¹.

El numeral 2.º del artículo 4.º de la Ley 909 de 2004 indica cuales son los denominados sistemas específicos de carrera⁷². No obstante, esa lista no es cerrada, pues, además de estos, existen otros sistemas especiales creados por el legislador, y son: (i) el de la carrera docente⁷³, (ii) el de los empleos del Congreso de la República⁷⁴, (iii) la carrera diplomática y consular⁷⁵, y (iv) **el que rige para empleados públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Sector Defensa)**, que, como ya se vio, está normado en la Ley 1033 de 2006 y en el Decreto Ley 091 de 2007.

En ese orden de ideas, sin perjuicio de la competencia que tiene la CNSC para administrar y vigilar tanto el sistema general de carrera, como los especiales o específicos de origen legal⁷⁶, el del Sector Defensa tiene su regulación específica en las normas con rango legislativo que se acaban de mencionar, y no le resulta

⁷⁰ CP, art. 150, n.º 23. Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-1230 de 2005: «Sobre dichos *sistemas específicos*, ha precisado la jurisprudencia que estos pueden existir, es decir, que son en principio constitucionalmente admisibles, toda vez que su configuración e implementación hace parte de la competencia asignada al legislador para regular todo lo atinente a la función pública y, particularmente, a la carrera administrativa».

⁷¹ L 909/2004, art. 4, n.º 1: «Artículo 4º. *Sistemas específicos de carrera administrativa*.

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública. [...]».

⁷² A saber: «(i) El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). (ii) El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). (iii) El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (iv) El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología. (v) El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias. (vi) El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (vii) El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. (viii) El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos».

⁷³ DL 1278/2002, art. 16.

⁷⁴ L 5/1992, art. 384, par.

⁷⁵ DL 274/2000, art. 13.

⁷⁶ Cfr. L 909/2004, art. 3.º, n.º 2 y sentencias C-1230 de 2005, C-175 de 2006 y C-753 de 2008 de la Corte Constitucional.



aplicable la Ley 909 de 2004 en aquellos aspectos que estén cubiertos por estas, **tal y como ocurre con lo relacionado con las comisiones de personal.**

En efecto, el Decreto Ley 091 de 2007, en sus artículos 62 a 64⁷⁷, regula lo concerniente a la existencia de las comisiones de personal del Sector Defensa,

⁷⁷ DL 091/2007, arts. 62 a 64: «**Artículo 62.** Comisión de Personal de la Unidad Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de cada una de sus Entidades Descentralizadas, adscritas y vinculadas, del Comando General de Las Fuerzas Militares, de los Comandos de Fuerza, de la Dirección General de la Policía Nacional, de la Dirección General de Sanidad Militar, de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, de la Dirección de la Justicia Penal Militar y de la Dirección General Marítima. La Comisión de Personal de la Unidad Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de cada una de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, del Comando General de las Fuerzas Militares, de cada uno de los Comandos de Fuerza, de la Dirección General de la Policía Nacional, de la Dirección General de Sanidad Militar, de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, de la Dirección de la Justicia Penal Militar, y de la Dirección General Marítima, estará integrada cada una, por:

a) Para el Comando General, los Comandos de Fuerza, la Dirección General de la Policía Nacional, la Dirección General de Sanidad Militar, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, la Dirección de la Justicia Penal Militar y la Dirección General Marítima, un funcionario civil y no uniformado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional según el caso, designado por el Ministro de Defensa Nacional, el Comandante General, el Comandante de Fuerza o el Director General de la Policía Nacional de Colombia, según el caso;

b) El Coordinador del Grupo Talento Humano o el que haga sus veces;

c) Un funcionario civil y no uniformado, elegido por el Jefe del Organismo, Comandante General, Comandante de Fuerza, Director General de la Policía Nacional de Colombia, Director General de Sanidad Militar, Director de Sanidad de la Policía Nacional, Director de la Justicia Penal Militar o Director General Marítimo, según el caso;

d) Dos funcionarios civiles y no uniformados pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, elegidos por los funcionarios pertenecientes a dicha carrera que laboren en cada una de las dependencias o entidades según el caso. Estos funcionarios ejercerán sus funciones de representantes durante un período de dos años, contados a partir de la fecha de la primera sesión que realice la Comisión después de su elección;

e) El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de cada entidad o dependencia.

El Coordinador del Grupo Talento Humano o su equivalente en el organismo o dependencia, actuará como Secretario Técnico.

Artículo 63. Funciones de la Comisión de Personal de la Unidad Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de cada una de sus Entidades Descentralizadas, adscritas y vinculadas, del Comando General de las Fuerzas Militares, de los Comandos de Fuerza, de la Dirección General de la Policía Nacional, de la Dirección General de Sanidad Militar, de la Dirección de la Justicia Penal Militar y de la Dirección General Marítima. La Comisión de Personal de la Unidad Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de cada una de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, del Comando General de las Fuerzas Militares, de cada uno de los Comandos de Fuerza, de la Dirección General de la Policía Nacional, de la Dirección General de Sanidad Militar, de la Dirección de la Justicia Penal Militar y de la Dirección General Marítima, cada una cumplirá las siguientes funciones:

a) Decidir, en primera instancia, las reclamaciones que se presenten por presuntas irregularidades en el desarrollo de los concursos de ingreso;

b) Remitir a la Comisión Administradora del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, los documentos e información de evaluación y calificación de los resultados del período de prueba y de los empleados pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa;

c) Resolver el recurso de apelación que sea interpuesto contra la evaluación y calificación del desempeño, de los empleados en período de prueba y de los inscritos en el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa;

d) Expedir su propio reglamento.

Artículo 64. Sesiones de la Comisión de Personal de la Unidad Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de cada una de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, del Comando General de las Fuerzas Militares, de los Comandos de Fuerza, de la Dirección General de la Policía Nacional, de la Dirección General de Sanidad Militar, de la Dirección de Sanidad de



su conformación y sus funciones, frente a lo cual se destaca que estas comisiones deben estar integradas, entre otros miembros, por dos empleados civiles que pertenezcan a la carrera especial, que sean elegidos por los demás servidores públicos con derechos de carrera y que, de acuerdo con el artículo 91 *ibidem*⁷⁸, mientras se nombran los primeros empleados en virtud de este nuevo sistema, serían escogidos de entre aquellos que, a la fecha de expedición de dicho decreto, ostentasen derechos de la carrera administrativa general.

De esta manera, al sistema especial del Sector Defensa no le es aplicable el artículo 16 de la Ley 909 de 2004⁷⁹, en la medida en que frente a este precepto prevalecen las normas especiales consagradas en el Decreto Ley 091 de 2007.

la Policía Nacional, de la Dirección de la Justicia Penal Militar y de la Dirección General Marítima. La Comisión de personal de la Unidad Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de cada una de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, del Comando General de las Fuerzas Militares, de cada uno de los Comandos de Fuerza, de la Dirección General de la Policía Nacional, de la Dirección General de Sanidad Militar, de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, de la Dirección de la Justicia Penal Militar y de la Dirección General Marítima, se reunirá por convocatoria del secretario técnico, en forma ordinaria, por lo menos una vez cada dos meses y en forma extraordinaria a petición de dos de sus miembros. La Comisión podrá sesionar con la mayoría de sus miembros y decidir por mayoría simple de los miembros presentes».

⁷⁸ DL 091/2007, art. 91: «Integrantes de las comisiones. Hasta tanto existan funcionarios pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, los integrantes de las comisiones de que trata el presente decreto que deban pertenecer a este sistema, serán escogidos de los funcionarios del Ministerio de Defensa, de sus entidades descentralizadas, de las Fuerzas Militares, y de la Policía Nacional, que a la fecha de expedición del presente decreto, ostentan derechos de la carrera administrativa general».

⁷⁹ L 909/2004, art. 16: «Las Comisiones de Personal.

1. En todos los organismos y entidades reguladas por esta ley deberá existir una Comisión de Personal, conformada por dos (2) representantes de la entidad u organismo designados por el nominador o por quien haga sus veces y dos (2) representantes de los empleados quienes deben ser de carrera administrativa y elegidos por votación directa de los empleados. En igual forma, se integrarán Comisiones de Personal en cada una de las dependencias regionales o seccionales de las entidades.

Las decisiones de la Comisión se tomarán por mayoría absoluta. En caso de empate se repetirá nuevamente la votación y en caso de persistir, este se dirimirá por el Jefe de Control Interno de la respectiva entidad.

Esta Comisión se reunirá por lo menos una vez al mes y será convocada por cualquiera de sus integrantes o por el jefe de personal de la entidad u organismo o quien haga sus veces, quien será el secretario de la misma y llevará en estricto orden y rigurosidad las Actas de las reuniones. La Comisión elegirá de su seno un presidente.

2. Además de las asignadas en otras normas, las Comisiones de Personal cumplirán las siguientes funciones:

a) Velar porque los procesos de selección para la provisión de empleos y de evaluación del desempeño se realicen conforme con lo establecido en las normas y procedimientos legales y reglamentarios y con los lineamientos señalados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Las citadas atribuciones se llevarán a cabo sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para el efecto, la Comisión de Personal deberá elaborar los informes y atender las solicitudes que aquella requiera;

b) Resolver las reclamaciones que en materia de procesos de selección y evaluación del desempeño y encargo les sean atribuidas por el procedimiento especial;

c) Solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de las personas que hubieren sido incluidas sin reunir los requisitos exigidos en las respectivas convocatorias, o con violación de las leyes o reglamentos que regulan la carrera administrativa. En el caso de no atenderse la solicitud, deberán informar de esta situación a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que adopte las medidas pertinentes;



2.2.2. Alcances de la presunción de legalidad de los actos administrativos frente a su control judicial

La presunción de legalidad es un atributo del acto administrativo que implica que, mientras este no haya sido anulado en sede judicial, ha de suponerse que fue proferido conforme a derecho y, por lo tanto, que es obligatorio y puede ejecutarse⁸⁰. En ese sentido, esta figura, consagrada legalmente en el artículo 88 del CPACA⁸¹, conlleva que la carga de la prueba o de la argumentación sobre la ilegalidad del acto recaiga sobre quien la alegue⁸².

Ahora bien, es importante enfatizar que esta presunción no debe ser entendida como un comodín, que cuando es invocado elimina cualquier discusión acerca de la validez del acto, pues como presunción legal que es (*iuris tantum*), a diferencia de las presunciones de derecho (*iure et de iure*), admite prueba y argumentación en contrario.

-
- d) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser vinculados, cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos;
 - e) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos;
 - f) Velar porque los empleos se provean en el orden de prioridad establecido en las normas legales y porque las listas de elegibles sean utilizadas dentro de los principios de economía, celeridad y eficacia de la función administrativa;
 - g) Velar porque en los procesos de selección se cumplan los principios y reglas previstas en esta ley;
 - h) Participar en la elaboración del plan anual de formación y capacitación y en el de estímulos y en su seguimiento;
 - i) Proponer en la respectiva entidad la formulación de programas para el diagnóstico y medición del clima organizacional;
 - j) Las demás funciones que le sean atribuidas por la ley o el reglamento.

3. Las Comisiones de Personal de las entidades públicas deberán informar a la Comisión Nacional del Servicio Civil de todas las incidencias que se produzcan en los procesos de selección, evaluación del desempeño y de los encargos. Trimestralmente enviarán a la Comisión Nacional del Servicio Civil un informe detallado de sus actuaciones y del cumplimiento de sus funciones. En cualquier momento la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá asumir el conocimiento de los asuntos o enviar un delegado suyo para que elabore un informe al respecto y se adopten las decisiones que correspondan.

Parágrafo. Con el propósito de que sirvan de escenario de concertación entre los empleados y la administración existirán Comisiones de Personal Municipales, Distritales, Departamentales y Nacional, cuya conformación y funciones serán determinadas por el reglamento, que para el efecto expida la Comisión Nacional del Servicio Civil».

⁸⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda (Sala Plena), sentencia del 17 de febrero de 1994, rad. 6264.

⁸¹ CPACA, art. 88: «Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar».

⁸² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda (Sala Plena), sentencia del 17 de febrero de 1994, rad. 6264; Sección Cuarta, sentencia del 6 de diciembre de 1996, rad. 8011; Luis Enrique Berrocal Guerrero, *op. cit.*, p. 229.



Así las cosas, puede afirmarse que en esta figura está contenida una regla de juicio⁸³, que le indica al juez que debe denegar la pretensión de nulidad de un acto administrativo cuando quien lo demanda no cumple con la carga de demostrar que está viciado. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encargada de juzgar la validez de esa clase de actos, ha sido caracterizada como una «jurisdicción rogada» en lo que tiene que ver con esta particular materia, en la que se excluye la regla de técnica procesal conocida como *iura novit curia* (el juez conoce el derecho)⁸⁴, la cual permite que el juzgador realice un examen oficioso e integral de la legalidad del acto⁸⁵.

A partir de lo anterior, cabe señalar que esta presunción se ve reflejada en algunas normas como la prevista en el numeral 4.º del artículo 162 del CPACA⁸⁶, que frente a los requisitos del contenido de la demanda consagra que, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de violación. Esto, se recuerda, resulta de suma relevancia a la luz del derecho a un debido proceso, toda vez que, en virtud del principio de congruencia de la sentencia, los acápites de la demanda donde se cumpla este requisito delimitan el ámbito de decisión del fallador⁸⁷.

⁸³ A partir de la noción de carga de la prueba: Cfr. Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T.I., 6.ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2017, p. 406.

⁸⁴ «La regla *iura novit curia* no se aplica a los procesos en los que se solicite la nulidad simple de actos administrativos o la nulidad y el restablecimiento del derecho; es en estos casos donde opera con mayor amplitud la justicia rogada: el juez de lo contencioso administrativo no realiza un control integral y oficioso de la juridicidad del acto demandado. Así, el acto solamente puede ser anulado, en principio, por las causales de nulidad alegadas y probadas por la parte. Es por esta razón por lo que “[...] cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación”»: Andrés Fernando Ospina Garzón, «*iura novit curia* y justicia rogada. Definición de los poderes del juez según el tipo de litigio», comentario a la sentencia del 14 de febrero de 1995 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (expediente n.º S-123), en: Andrés Fernando Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 340.

⁸⁵ Se aclara que esta regla sí resulta aplicable en el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, en el que, según el parágrafo del artículo 135 del CPACA, «[e]l Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales».

⁸⁶ CPACA, art. 162, n.º 4: «Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá: [...]

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. **Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.** [...]. (Negrita fuera de texto).

⁸⁷ «[E]n torno al principio de congruencia de la sentencia, instituido como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso de las partes [...] las normas invocadas como violadas en el concepto de violación, entre otros aspectos, delimitan la acción del fallador, habida cuenta del carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa»: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de abril de 2020, rad. 11001-03-24-000-2011-00003-00.



En todo caso, también hay que decir que la presunción de legalidad de los actos administrativos ha de ser valorada en el contexto constitucional en el que se encuentra y, por ello, deben ser tenidas en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999 acerca de la exequibilidad condicionada que tuvo en su momento el numeral 4.º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984)⁸⁸, que, al igual que el CPACA, disponía como requisito de la impugnación judicial de un acto administrativo que se indicara en la demanda las normas violadas y el concepto de violación. Al respecto, el Alto Tribunal sostuvo que:

«[...] Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada [...]».

No obstante, condicionó la constitucionalidad del precepto en estudio bajo el entendido de que «cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución».

De conformidad con lo precedente, debe afirmarse que cuando el juez del medio de control de simple nulidad no advierta la vulneración de derechos fundamentales o normas de rango constitucional en los actos administrativos acusados, no le corresponde analizar oficiosamente preceptos o argumentos distintos a los que se plantearon desde un comienzo en la demanda.

2.2.3. Caso concreto

Inicialmente, la Sala estima necesario rememorar que el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC, demandado en este medio de control, reglamentó la primera convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de la planta de personal del sistema especial de carrera administrativa del Ejército Nacional, la cual está incluida en el Sector Defensa. Por lo tanto, cabe aseverar que dicho acto administrativo debió regirse por la Ley 1033 de 2006 y el Decreto Ley 091 de 2007 que, como ya se

⁸⁸ CCA, art. 137, n.º 4: «Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: [...]»

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. [...]».



dijo, particularmente de este último, contienen reglas propias en lo que tiene que ver con las comisiones de personal. Así, no es posible sostener que el acto administrativo acusado violó el artículo 16 de la Ley 909 de 2004, invocado por el señor Castaño Acosta, ya que ese precepto se aplica para el sistema general de carrera, y no para el especial del Sector Defensa.

Por lo demás, esta Subsección no advierte vulneración alguna de derechos fundamentales o de normas constitucionales en la expedición del acuerdo demandado, que la lleven a estudiar oficiosamente las normas que sí son aplicables al tema en cuestión, pues, a primera vista, se puede afirmar que las irregularidades alegadas en el libelo sobre la conformación de la comisión de personal pierden su fundamento, al haberse basado en el hecho de que entre el personal civil no uniformado del Ejército Nacional no debían haber nombrados en virtud de la carrera administrativa especial que son requeridos para integrarla, toda vez que, como se dijo previamente, el artículo 91 del Decreto 91 de 2007 preceptuó que hasta tanto existiesen funcionarios pertenecientes al sistema especial, los integrantes de las comisiones serían escogidos de los funcionarios del Ministerio de Defensa, de sus entidades descentralizadas, de las Fuerzas Militares, y de la Policía Nacional, que a la fecha de expedición del decreto, ostentasen derechos de la carrera administrativa general.

Del mismo modo, no se observa que exista violación de la Norma Superior ante la supuesta conformación ilegítima de la comisión de personal del Ejército Nacional, dado que, como lo indicaron las demandadas, la vigilancia de los concursos de méritos no depende únicamente de ella y cualquier persona puede presentar sus quejas o denuncias por fraude o irregularidades ante la CNSC, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación o cualquier otra entidad con competencia sobre el asunto.

En conclusión: El acuerdo demandado no se expidió con violación del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, dado que dicha disposición no era aplicable a la conformación de las comisiones de personal en el sistema especial de carrera del Sector Defensa, regulada por los artículos 62 a 64 y 91 del Decreto Ley 091 de 2007.

2.3. Tercer problema jurídico

¿El acuerdo demandado fue expedido con violación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006 por el presunto desconocimiento del término para convocar al primer concurso público de méritos del sistema especial de carrera del personal no uniformado del Sector Defensa?

Tesis de la Sala: El acuerdo demandado no fue expedido con violación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006 toda vez que, si



bien se superó el término otorgado por el legislador para convocar al primer concurso público de méritos del sistema especial del Sector Defensa, dicha circunstancia no conllevó la pérdida de competencia de la CNSC para adelantarlos.

Para resolver este problema se analizarán los temas que se enuncian a continuación: (2.3.1) La competencia como presupuesto de validez de los actos administrativos. (2.3.2) Contenido del párrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006 y antecedente jurisprudencial respecto de la competencia permanente de la CNSC frente a la superación de plazos previstos por el legislador para adelantar convocatorias de carrera, y (2.3.3) caso concreto.

2.3.1. La competencia como presupuesto de validez de los actos administrativos

Para que un acto administrativo sea válido se requiere, entre otras condiciones, que al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia o elemento subjetivo del acto, que se refiere tanto a la institución, entidad u órgano, como al individuo que lo profiere⁸⁹.

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

De esa manera, la competencia implica que quienes ejercen función pública solo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico les permite, al contrario de los particulares, que pueden hacer todo lo que no les está prohibido⁹⁰. En este punto, conviene anotar que las normas que deben considerarse a efectos de estudiar la competencia, como presupuesto de validez de los actos administrativos, son

⁸⁹ «Respecto del elemento subjetivo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que el requisito de la competencia del órgano o funcionario como elemento del acto significa que éste debe emanar de un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y dentro de los límites de su competencia (auto de marzo 9 de 1971, Anales de 1971, Tomo 80, página 367). Es, en otros términos, lo que establece nuestra Constitución cuando dispone que no habrá ningún empleo público que no tenga las funciones señaladas por ley o reglamento [Cfr. artículo 122 de la Constitución de 1991]»: Miguel Largacha Martínez y Daniel Posse Velásquez, *Causales de anulación de los actos administrativos*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1988, pp. 19-20.

⁹⁰ Cfr. Luis Enrique Berrocal Guerrero, *op. cit.*, p. 120.



aquellas vigentes en el momento de ser emitida la respectiva manifestación unilateral de voluntad tendiente a producir efectos jurídicos⁹¹.

Como se puede observar, la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo, debido a que no se afina en su contenido o finalidad, sino en el sujeto que lo expide. Ahora, es importante tener en consideración que la asignación de competencias a la administración pública atiende a diferentes factores que pueden identificarse como el funcional o jerárquico⁹², el material⁹³, el territorial⁹⁴ y en algunos casos el temporal⁹⁵.

En ese orden, dado que la competencia permite que las decisiones de la administración se encuentren revestidas de legalidad, el acto administrativo estará viciado de nulidad en aquellos casos en los que se profiere por un sujeto que carece de capacidad para actuar, esto es, sin una competencia atribuida por el ordenamiento jurídico. Por ello, el artículo 137 del CPACA consagra la falta de este elemento como un vicio invalidante de los actos administrativos, el cual, según la jurisprudencia de esta Corporación, es uno de los más graves⁹⁶ y, por lo tanto, no puede ser saneado⁹⁷.

⁹¹ Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-014 del 21 de enero de 1993 precisó que «[...] la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. [...]».

⁹² Se refiere al ejercicio de atribuciones según el grado jerárquico que, dentro de la estructura organizacional de la administración pública, ostenta el servidor público o particular investido de funciones administrativas: Cfr. Luis Enrique Berrocal Guerrero, *op. cit.*, p. 127.

⁹³ Supone que el acto administrativo proferido sea el desarrollo de una competencia efectivamente asignada a la autoridad que lo expidió. «Es el *qué* de la competencia»: *Ibidem*, p. 125.

⁹⁴ Parte de reconocer que debe haber una división del territorio que permita delimitar el espacio geográfico en el que la autoridad administrativa se encuentra habilitada para el desempeño de sus funciones: Cfr. *ibidem*, pp. 124-125.

⁹⁵ Es un parámetro que aplica en determinados casos en los que el ordenamiento jurídico impone un límite de tiempo para que la administración pueda ejercer su poder decisorio: Cfr. *ibidem*, pp. 125-127.

⁹⁶ Esto, según lo señaló la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo: «La Sala recuerda que la incompetencia del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que corresponden a otra autoridad, es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave que puede ostentar un acto administrativo. Esta circunstancia entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo estado de derecho: el de legalidad» (Negrita propia del texto): Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2011, rad. 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650)..

⁹⁷ De acuerdo con lo dicho por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: «[F]rente a vicios o defectos como la inconstitucionalidad, la ilicitud no saneable o absoluta, la desviación de poder y la falta de competencia no es posible convalidar o remediar el acto viciado o defectuoso»: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de junio de 2004, rad. 11001-03-15-000-1998-0782-01(S-782).



2.3.2. Contenido del párrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006 y antecedente jurisprudencial respecto de la competencia permanente de la CNSC frente a la superación de plazos previstos por el legislador para adelantar convocatorias de carrera

El párrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006⁹⁸, a propósito de la creación de la carrera administrativa especial para los empleados civiles no uniformados del Sector Defensa, dispuso que la convocatoria para el primer concurso de este sistema debía efectuarse dentro del año siguiente a la entrada en vigor de los decretos leyes que fueran proferidos con base en las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República mediante esa normativa.

Como ya se sabe, los decretos que se emitieron en desarrollo de lo precedente fueron el 091 y el 092 del 17 de enero de 2007, y en esa fecha entraron en vigor. Por esta razón, el plazo indicado en el párrafo enunciado previamente se cumplió el 17 de enero de 2008.

Del mismo modo, es necesario recordar que el Decreto Ley 091 preveía que la administración y vigilancia del sistema especial de carrera en comento le correspondía al Ministerio de Defensa Nacional, sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-753 de 2008, declaró inexecutable los preceptos que contenían esta atribución, por ser violatorios del artículo 130 de la Carta sobre la competencia de la CNSC en la materia.

Ahora bien, hay que señalar que la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia del 24 de septiembre de 2015⁹⁹, tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de una norma similar a la contenida en el párrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006, en el marco de un medio de control de nulidad, en el que varios demandantes pretendían la anulación de la ya mencionada Resolución n.º 0171 de 5 de diciembre de 2005 proferida por la CNSC, que reglamentó la Convocatoria n.º 001 de 2005 (en la que, en un comienzo, estaban incluidos los empleos del personal civil del Sector Defensa), bajo el argumento de que en la expedición de dicho acto administrativo se desconoció el término otorgado a la Comisión en el artículo transitorio incluido en el Título X de la Ley 909 de 2004, que disponía que «[d]urante el año siguiente a la conformación de la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá procederse a la convocatoria de concursos abiertos para cubrir

⁹⁸ L 1033/2006, art. 4, par.: «La convocatoria para proveer los empleos de carrera de personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional que se encuentren vacantes o estén provistos por encargo o nombramiento provisional **deberá efectuarse dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de los Decretos que desarrollen las facultades extraordinarias contenidas en la presente ley**». (Negrita fuera de texto).».

⁹⁹ Rad. 110010325000201000286 00 (2360-2010).



los empleos de carrera administrativa que se encuentren provistos mediante nombramiento provisional o encargo».

Sobre dicho plazo, allí se sostuvo que no debía entenderse como un término perentorio, que en el evento de ser incumplido acarree la pérdida de competencia de la CNSC para llevar a cabo la convocatoria, toda vez que las atribuciones de esa entidad, consagradas en el artículo 130 de la Constitución, son de carácter permanente e intemporal. Por ello, en dicha providencia se llegó a la conclusión de que la norma invocada como violada no contenía un límite de tiempo por fuera del cual no se podía adelantar el concurso, sino una exhortación dirigida a la CNSC para que llevara a cabo el proceso de selección en el año siguiente a su conformación.

Esta Subsección ha acogido esa postura a partir de su fuerza de cosa juzgada¹⁰⁰; y también concuerda con los argumentos que la sustentan, ya que se ajustan a lo previsto en el artículo 7.º de la Ley 909 de 2004, que consagra que la CNSC es «un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público [...] **de carácter permanente** de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio». Igualmente, a lo indicado por la Corte Constitucional, que, en la sentencia C-372 de 1999, resaltó que la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la jerarquía de un órgano **autónomo y permanente**¹⁰¹.

Además, asumir lo contrario, esto es, que la superación del plazo definido por el legislador conlleva la pérdida de competencia de la CNSC para adelantar la convocatoria, implicaría vaciar de contenido los artículos 125 y 130 de la Carta Política y todo el diseño constitucional y legal de la carrera administrativa, pues la eventual superación del plazo para adelantar una convocatoria implicaría que los empleos que se debían ofertar en esta quedarían ocupados indefinidamente en provisionalidad, y no podrían ser provistos como resultado de un concurso abierto fundamentado en la igualdad y en el mérito, al no quedar en esa hipótesis entidad competente, distinta a la Comisión, para llevarlos a cabo.

En esa ilación, aplicando las consideraciones que se acaban de resumir, hay que deducir que el término dispuesto en el párrafo del artículo 4.º de la Ley 1033

¹⁰⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 14 de abril de 2016, rad. 11001-03-25-000-2007-00078-00(1552-07).

¹⁰¹ «La Comisión del Servicio Civil es, entonces, una sola y, a juicio de la Corte, no tiene un carácter de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevalente de los organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades. Se trata en realidad de un ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, período, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley. No hace parte del Ejecutivo ni de otras ramas u órganos del poder público y debe ser dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, para que pueda cumplir con eficiencia los cometidos constitucionales que le corresponden»: Corte Constitucional, sentencia C-372 de 1999.



de 2006 no es perentorio y, por lo tanto, su superación no implica la pérdida de competencia de la CNSC para adelantar la primera convocatoria a concurso abierto de méritos de la carrera especial del Sector Defensa.

2.3.3. Caso concreto

La Sala concuerda con lo indicado por la apoderada de la CNSC, quien sostuvo en la contestación de la demanda que el hecho de la superación del plazo previsto en el parágrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006 no conllevó la pérdida de competencia de esa entidad para emitir el acuerdo acusado, reglamentario de la primera convocatoria del sistema especial de carrera para el personal civil no uniformado del Sector Defensa-Ejército Nacional. Esto, por cuanto, como se dijo, ese término no puede ser perentorio a la luz de las atribuciones constitucionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que tienen fundamento en los artículos 125 y 130 de la Carta.

En ese sentido, las consideraciones expresadas por el demandante sobre la supuesta marginación laboral de los provisionales que fueron eliminados del certamen no tienen vocación de afectar la legalidad del acto administrativo demandado, pues, se reitera, los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera tienen una estabilidad laboral relativa, que debe ceder ante el mejor derecho de quien participa y gana en un concurso de méritos para ocupar el cargo de que se trate, y esas situaciones individuales no pueden derivar en la sustracción de la carrera administrativa de los empleos pertenecientes al sistema especial del Sector Defensa. Por lo tanto, el acto demandado no debe ser anulado por la violación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006.

En conclusión: El acuerdo demandado no fue expedido con violación de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4.º de la Ley 1033 de 2006 toda vez que, si bien se superó el término otorgado por el legislador para convocar al primer concurso público de méritos del sistema especial del Sector Defensa, dicha circunstancia no conllevó la pérdida de competencia de la CNSC para adelantarlos.

2.4. Cuarto problema jurídico

¿El acto administrativo acusado se profirió con inobservancia de lo preceptuado en los literales a) c) d) y g) del artículo 6.º, al igual que del literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017 respecto del mandato de profesionalización del servidor público del Sector Defensa?



Tesis de la Sala: El acto administrativo acusado no se profirió con inobservancia de lo preceptuado en los literales a) c) d) y g) del artículo 6.º, al igual que del literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017, porque lo relativo al mandato de profesionalización del servidor público del Sector Defensa y demás previsiones invocadas por el demandante no son aplicables en la configuración de los reglamentos de las convocatorias de carrera administrativa.

En la solución de este problema se estudiará lo siguiente: (2.4.1) Análisis de lo dispuesto en los literales a) c) d) y g) del artículo 6.º de la Ley 1033 de 2006, al igual que del literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017, y (2.4.2) caso concreto.

2.4.1. Análisis de lo dispuesto en los literales a) c) d) y g) del artículo 6.º de la Ley 1033 de 2006, al igual que del literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017

2.4.1.1. Literales a) c) d) y g) del artículo 6.º de la Ley 1033 de 2006

Como ya se tuvo la oportunidad de advertir, la Ley 1033 de 2006 estableció la carrera especial de los empleados no uniformados del Sector Defensa, derogó algunas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y concedió facultades al presidente para emitir decretos con fuerza de ley sobre el asunto¹⁰². En relación con esto último, el artículo 6.º de la Ley 1033 consagró lo siguiente:

«Artículo 6º. Las facultades de que trata la presente ley se ejercerán con sujeción a los siguientes parámetros:

a) La modernización, tecnificación, eficacia y eficiencia de los organismos y dependencias que conforman el sector de Defensa, serán los principios que se seguirán para mejorar la competitividad de los servidores públicos civiles, y aumentar la operatividad de las dependencias militares y policiales;

¹⁰² L 1033/2006, arts. 2 y 3: «Artículo 2º. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término de seis (6) meses contados a partir de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley que contengan el sistema especial de carrera del Sector Defensa, para el ingreso, permanencia, ascenso, capacitación, estímulos, evaluación del desempeño y retiro de los empleados públicos civiles no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como establecer todas las características y disposiciones que sean competencia de la ley referentes a su régimen de personal.

Artículo 3º. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término de seis (6) meses contados a partir de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para modificar y determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades que integran el sector Defensa».



- b) Unificar el régimen de administración de personal que aplica al personal civil vinculado a los Organismos y Dependencias del sector Defensa;
- c) Conservar y respetar al personal civil al servicio del sector Defensa, todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos o establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores a la fecha de la presente ley;
- d) Adoptar, de conformidad con las normas constitucionales y legales, los mecanismos de protección especial a la maternidad, a los servidores públicos desplazados por razones de violencia, a las madres o padres cabezas de familia y a los funcionarios que posean discapacidades físicas, síquicas o sensoriales, con el fin de proporcionarles un trabajo acorde con su condición sin desmejorar las condiciones laborales contempladas en la ley 909 de 2004;
- e) No se podrá contemplar como causal de retiro del servicio del personal civil la derivada de la facultad discrecional para cargos de carrera;
- f) El ingreso a la carrera especial y el ascenso dentro de ella, se efectuará acreditando méritos mediante mecanismos como pruebas escritas, orales, psicotécnicas, curso – concurso y/o cualquier otro medio técnico que garantice objetividad e imparcialidad, con parámetros de calificación previamente determinados. En todo caso se efectuarán pruebas de análisis de antecedentes y en los casos pertinentes pruebas de ejecución conforme lo determine el reglamento que se expida;
- g) Al modificar y determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos, se adecuarán las funciones y requisitos de los empleos de las entidades que integran el Sector Defensa, a las necesidades del servicio». (Negrita fuera de texto).

Como se puede observar, el precepto que se acaba de transcribir contiene los lineamientos a los que debía sujetarse el presidente de la República al ejercer las facultades legislativas extraordinarias que le otorgó el Congreso para regular la carrera especial del Sector Defensa y para modificar y determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades que lo integran.

En ese sentido, es plausible sostener que lo previsto en dicho artículo, incluidos por supuesto sus literales a), c), d) y g), pretende satisfacer la exigencia de precisión de las leyes que otorgan facultades con fundamento en lo consagrado en el numeral 10 del artículo 150 de la Carta Política¹⁰³, lo cual además encuentra respaldo en las consideraciones expuestas sobre el asunto por la Corte

¹⁰³ CP, art. 150, n.º 10: «Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...]

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de **precisas facultades** extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos. [...]». (Negrita fuera de texto).



Constitucional que, en la sentencia C-097 de 2003, que fue citada en la C-211 de 2007 que declaró exequible la Ley 1033 de 2006 en relación con las facultades otorgadas en dicha normativa, manifestó lo siguiente:

«[E]n su jurisprudencia esta Corte ha venido desarrollando la doctrina constitucional sobre los requisitos que ha de reunir la habilitación legislativa para que se respete el mandato constitucional de precisión así cumpla con una de las exigencias contenidas en el artículo 150-10 de la Constitución. Tales requisitos de precisión pueden resumirse en el deber del Congreso de: 1) indicar la materia que delimita el ámbito sustantivo de acción del Ejecutivo; 2) señalar la finalidad a la cual debe apuntar el Presidente de la República al ejercer las facultades; y 3) enunciar los criterios que han de orientar las decisiones del Ejecutivo respeto de las opciones de diseño de política pública dentro del ámbito material general de la habilitación. A continuación se ilustra cómo el alcance de dichos requisitos se ha venido decantando en la jurisprudencia de la Corte:

6.1.1 El señalamiento de la materia que delimita el ámbito sustantivo de acción del Ejecutivo. [...] En la sentencia C-074 de 1993, [...] la Corte manifestó que “En materia de facultades extraordinarias, la jurisprudencia ha [indicado] que el concepto "precisión" se refiere no al grado de amplitud de la ley de facultades, sino a su nivel de claridad en cuanto a la delimitación de la materia a la que se refiere.” [...]

6.1.2 La indicación de la finalidad a la cual debe apuntar el Presidente de la República al ejercer las facultades. Como la delimitación del ámbito material de las facultades no precisa por sí sola para qué se ha otorgado la habilitación legislativa, es necesario que el Congreso haga claridad sobre los propósitos o finalidades que animan la concesión de facultades extraordinarias al Ejecutivo y han de orientar al legislador extraordinario, de forma que pueda respetar la voluntad del Congreso. [...]

6.1.3 La enunciación de criterios inteligibles y claros que orienten las decisiones del Ejecutivo respecto de las opciones de diseño de política pública dentro del ámbito general de la habilitación para alcanzar la finalidad de la misma que motivó al Congreso a conceder las facultades extraordinarias. Por último, un tercer requisito para que se cumpla el mandato constitucional de precisión se relaciona con los criterios específicos que permiten la delimitación del ámbito de la competencia atribuida al Ejecutivo, criterios sin los cuales sería en extremo difícil establecer si el Presidente actuó dentro del marco establecido por la habilitación. [...]».

De acuerdo con lo anterior, lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley 1033 de 2006 respondió a la necesidad de establecer criterios materiales claros, que sirvieran de guía en el ejercicio de las facultades legislativas extraordinarias otorgadas al presidente, las cuales se agotaron, como se sabe, con la expedición de los Decretos Leyes 091 y 092 de 2007. Por ende, son estos últimos los que deben ser contrastados con el mencionado precepto de la Ley 1033, y no aquellas normas de jerarquía reglamentaria que se profieran con sustento en ellos.



2.4.1.2. Literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017

Mediante el Decreto Ley 1567 de 1998 se creó el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado. El artículo 1.º de dicha norma prevé que este se aplica a todos los empleados que presten sus servicios en las entidades regidas por la Ley 443 de 1998, que, se recuerda, reguló la carrera administrativa general y fue derogada por la Ley 909 de 2004¹⁰⁴.

El decreto ley en comento definió el sistema de capacitación como «el conjunto coherente de políticas, planes, disposiciones legales, organismos, escuelas de capacitación, dependencias y recursos organizados con el propósito común de generar en las entidades y en los empleados del Estado una mayor capacidad de aprendizaje y de acción en función de lograr la eficiencia y la eficacia de la administración, actuando para ello de manera coordinada y con unidad de criterios»¹⁰⁵; y en el literal e) de su artículo 3.º, precisó cuales son las entidades con atribuciones en la materia, tal y como se muestra a continuación:

«Artículo 3º. Componentes del sistema. El sistema está integrado por los componentes que se relacionan a continuación: [...]

e) Organismos. Además de sus responsabilidades desde el punto de vista de su propia gestión interna, las siguientes entidades tienen atribuciones especiales en relación con el sistema de capacitación:

1. Departamento Administrativo de la Función Pública. Como organismo superior de la administración pública le corresponde establecer las políticas generales, formular y actualizar el Plan Nacional de Formación y Capacitación conjuntamente con la Escuela Superior de Administración Pública y coordinar su ejecución; expedir normas, brindar asesoría, diseñar y adaptar metodologías, llevar a cabo acciones de divulgación y seguimiento.

2. Escuela Superior de Administración Pública. Además de las funciones establecidas en sus estatutos, le corresponde participar en la elaboración, la actualización y el seguimiento del Plan, así como prestar asesoría a las entidades que lo soliciten para la ejecución de éste. Le corresponde igualmente diseñar el currículo básico de los programas de inducción y de reinducción, siguiendo las orientaciones que imparta el Departamento Administrativo de la Función Pública.

3. Entidades. Cada entidad tiene el deber de ejecutar internamente las políticas impartidas por el Gobierno Nacional, formular los planes internos y participar en programas conjuntos con otros organismos para optimizar el uso de los recursos.

4. Escuelas públicas de formación y capacitación. Se entiende por escuelas públicas de formación y capacitación aquellas dependencias de organismos públicos organizadas para impartir de manera permanente formación y capacitación a empleados del Estado y que, para tal efecto, llevan a cabo actividades docentes y académicas. Como componentes del sistema de capacitación deben propender por

¹⁰⁴ Con excepción de algunos artículos 24, 58, 81 y 82. Ver: L 909/2004, art. 58.

¹⁰⁵ DL 1567/1998, art. 2.º.



actuar integradamente para el mejor aprovechamiento de los recursos, diseñar conjuntamente soluciones de formación y capacitación, incentivar la investigación en temas propios de la función pública y desarrollar fortalezas pedagógicas».

Por su parte, el artículo 6.º de ese decreto enlistó los principios rectores de la capacitación, y en su literal g), inicialmente, dispuso lo siguiente:

«Artículo 6º. Principios rectores de la capacitación. Las entidades administrarán la capacitación aplicando estos principios: [...]

g) Prelación de los empleados de carrera. Para aquellos casos en los cuales la capacitación busque adquirir y dejar instaladas capacidades que la entidad requiera más allá del mediano plazo, tendrán prelación los empleados de carrera. Los empleados vinculados mediante nombramiento provisional, dada la temporalidad de su vinculación, sólo se beneficiarán de los programas de inducción y de la modalidad de entrenamiento en el puesto de trabajo; [...]

Ese literal fue luego modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017, por el cual se dictaron normas sobre empleo público, con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Así las cosas, el texto de dicha disposición quedó de la siguiente manera:

«g) Profesionalización del servidor público. Todos los servidores públicos independientemente de su tipo de vinculación con el Estado podrán acceder en igualdad de condiciones a la capacitación, al entrenamiento y a los programas de bienestar que adopte la entidad para garantizar la mayor calidad de los servicios públicos a su cargo, atendiendo a las necesidades y presupuesto de la entidad. En todo caso si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa».

El cambio introducido por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017 fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-527 de 2017, «en el entendido de que la capacitación de los servidores públicos nombrados en provisionalidad se utilizará para la implementación del Acuerdo de Paz, dando prelación a los municipios priorizados por el Gobierno Nacional». Y luego, fue nuevamente modificado por el artículo 3.º de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019¹⁰⁶, norma vigente sobre la materia¹⁰⁷.

¹⁰⁶ «Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones». El artículo 3.º preceptuó lo siguiente: «El literal g) del artículo 6º del Decreto ley 1567 de 1998 quedará así:

“g) Profesionalización del servidor público. Los servidores públicos, independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y bienestar que adelante la entidad, atendiendo a las necesidades y al presupuesto asignado. En todo caso, si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa”».

¹⁰⁷ Se aclara que aquí interesan las normas vigentes en el momento de expedición del acto acusado, que en este caso es la versión modificada por el Decreto Ley 894 de 2017.



De lo anterior se infiere entonces que el literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998 resulta aplicable en el marco del sistema nacional de capacitación, dentro del cual, además de las obligaciones propias de cada entidad en lo relativo a la gestión interna de sus empleados, existen funciones asignadas de manera específica únicamente al Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Escuela Superior de Administración Pública y a las escuelas públicas de formación y capacitación. En ese sentido, cabe concluir que las convocatorias que realiza la CNSC, como administradora de la carrera, no deben sujetarse a lo que señala tal precepto.

2.4.2. Caso concreto

Esta Subsección estima que tampoco hay lugar a declarar la nulidad del Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC, respecto de la alegada transgresión de los literales a), c), d) y g) del artículo 6.º de la Ley 1033 de 2006 y del literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017, en la medida en que la primera norma no constituye parámetro de su validez, sino de los Decretos Leyes 091 y 092 de 2007, y la segunda, tal y como lo señaló la apoderada de la Comisión, es competencia de cada entidad en la gestión administrativa interna de sus empleados, sin que ello influya en la reglamentación de las convocatorias de carrera administrativa.

En conclusión: El acto administrativo acusado no se profirió con inobservancia de lo preceptuado en los literales a) c) d) y g) del artículo 6.º, al igual que del literal g) del artículo 6.º del Decreto Ley 1567 de 1998, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 894 de 2017, porque lo relativo al mandato de profesionalización del servidor público del Sector Defensa y demás previsiones invocadas por el demandante no son aplicables en la configuración de los reglamentos de las convocatorias de carrera administrativa.

2.5. Quinto problema jurídico

¿El acto acusado vulnera el artículo 1.º literal d) del Decreto Ley 3466 de 1982 por presuntamente haber publicado como salario básico de los cargos ofertados un valor inferior al salario mínimo?

Tesis de la Sala: El acto acusado no vulnera el artículo 1.º literal d) del Decreto Ley 3466 de 1982 porque dicha norma, que define la propaganda comercial, no es aplicable al ámbito de la función pública. Además, los documentos aportados como medio de prueba por el demandante, sobre el supuesto desconocimiento del salario mínimo, no pertenecen a la convocatoria reglamentada por el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC.



Para sustentar esta tesis se estudiará lo siguiente: (2.5.1) Contenido del literal d) del artículo 1.º del Decreto Ley 3466 de 1982 y ámbito de su aplicación y (2.5.2) caso concreto.

2.5.1. Contenido del literal d) del artículo 1.º del Decreto Ley 3466 de 1982 y ámbito de su aplicación

El Decreto Ley 3466 de 1982, «por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones», fue proferido por el Gobierno Nacional con ocasión de las facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso mediante la Ley 73 de 1981, sobre el tema de la intervención del Estado en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor.

El artículo 1.º de dicho decreto ley establece una serie de definiciones para los propósitos de esa norma, y en su literal d) prevé lo siguiente:

«ARTICULO 1.º DEFINICIONES. Para los efectos del presente Decreto entiéndese por: [...]

d). Propaganda comercial. Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y en general, todo sistema de publicidad. [...]».

Como se ve, el literal transcrito no contiene una prescripción, entendida como un mandato de hacer u omitir algo, sino que se limita a expresar una definición y, en ese sentido, su aspecto normativo está relacionado únicamente con el deber de entender como propaganda comercial los anuncios que allí están descritos. Igualmente, se resalta lo que ha dicho la Corte Constitucional sobre la regulación de esa clase de publicidad¹⁰⁸:

«La regulación de **la propaganda comercial** hace parte de la “Constitución económica”, entendida ésta como el conjunto de normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad productiva. La publicidad está vinculada con la actividad productiva y de mercadeo de bienes y servicios, constituyendo al mismo tiempo un incentivo para el desarrollo de los actos comerciales. **En este orden, la publicidad es desarrollo del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad económica [...]**».
(Negrita fuera de texto).

De esta manera, cabe afirmar que el literal d) del artículo 1.º del Decreto Ley 3466 de 1982 está relacionado con el ámbito puramente económico de la vida

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-592 de 2012.



social y, en ese orden, solo resulta aplicable al contexto de la publicidad que incentive la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio ofrecido en la actividad comercial.

2.5.2. Caso concreto

A partir de lo que se acaba de señalar, esta Subsección considera que no le asiste razón al demandante al sostener que el acto administrativo acusado debe ser anulado por violación de lo previsto en el literal d) del artículo 1.º del Decreto Ley 3466 de 1982, ya que esa disposición no es aplicable a las convocatorias de los concursos de carrera administrativa, las cuales se regulan por las normas relativas a la función pública y no por las comerciales.

En todo caso, se advierte que las capturas de pantalla aportadas por el demandante, con información de la OPEC de algunos empleos de asistente administrativo, no corresponden a la convocatoria reglamentada por el acuerdo acusado en este medio de control, que es la n.º 637 de 2018 del Ejército Nacional, pues, como se puede constatar, dichos documentos están relacionados con la Convocatoria n.º 632 de 2018, para la Dirección General de la Policía Nacional¹⁰⁹.

En conclusión: El acto acusado no vulnera el artículo 1.º literal d) del Decreto Ley 3466 de 1982 porque dicha norma, que define la propaganda comercial, no es aplicable al ámbito de la función pública. Además, los documentos aportados como medio de prueba por el demandante, sobre el supuesto desconocimiento del salario mínimo, no pertenecen a la convocatoria reglamentada por el Acuerdo 2019100002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC.

2.6. Sexto problema jurídico

¿El acuerdo de convocatoria fue expedido con violación del artículo 7.º de la Ley 1033 de 2006 porque, presuntamente, al no haberse conformado la comisión asesora y de seguimiento al desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en aquella ley, no existían garantías para el desarrollo del concurso público de méritos?

Tesis de la Sala: El acuerdo de convocatoria no fue expedido con violación del artículo 7.º de la Ley 1033 de 2006, en la medida en que el ámbito de aplicación de esa disposición se circunscribió a la emisión de los Decretos Leyes 091 y 092 de 2007, que desarrollaron las facultades extraordinarias concedidas en dicha ley al Gobierno Nacional, y no se extiende a las normas reglamentarias proferidas posteriormente en el marco del sistema especial de carrera del Sector Defensa. Además, porque el precepto en comento no asignó funciones de auditoría o

¹⁰⁹ Ver folios 20-27 del cuaderno físico principal del proceso, que también puede ser consultado en su versión escaneada en el índice 34 del expediente digital



vigilancia sobre las convocatorias de la carrera especial a la comisión parlamentaria que este ordenó conformar.

En la solución de este problema se abordarán los siguientes temas: (2.6.1) Análisis de lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley 1033 de 2006 y (2.6.2) caso concreto.

2.6.1. Análisis de lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley 1033 de 2006

El precepto en estudio consagra lo siguiente:

«Artículo 7º. Confórmese una comisión asesora y de seguimiento **al desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional mediante la presente ley.** La Comisión Parlamentaria estará integrada por tres Senadores y tres Representantes designados por las mesas directivas de Senado y Cámara. En representación del Gobierno asistirá el Ministro de Defensa y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

La comisión de seguimiento se reunirá previa convocatoria del presidente de la misma, elegido por los Senadores y Representantes integrantes de la Comisión». (Negrita fuera de texto).

Respecto de este artículo cabe decir, por un lado, que la comisión parlamentaria a la que se refiere no tiene funciones de auditoría o vigilancia sobre convocatorias del sistema especial de carrera del Sector Defensa. Por el otro, al igual que se dijo frente al 6.º que ya fue examinado, que contiene normas concernientes a la expedición de los decretos con fuerza de ley que debía emitir el Gobierno Nacional con base en la Ley 1033 de 2006 y, por lo tanto, su ámbito de aplicación se agotó con la emisión de los Decretos Leyes 091 y 092 de 2007.

2.6.2. Caso concreto

La Sala considera que le asiste razón a la apoderada de la CNSC en lo relacionado con este problema jurídico, ya que, tal y como ella lo sostuvo, la comisión parlamentaria, de la que trata el artículo 7.º de la Ley 1033 de 2006 no tiene funciones de vigilancia respecto de las convocatorias del sistema especial de carrera del Sector Defensa y, además, dicho precepto debió servir de parámetro únicamente para la expedición de los Decretos Leyes 091 y 092 de 2007, que desarrollaron las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional en la ley antes enunciada, sin que se pueda extender su ámbito de aplicación a las normas reglamentarias, como el acto acusado, que se profirieron con fundamento en esas normas de rango legal.

A partir de lo anterior, es necesario aseverar que el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC, no debe ser anulado por la violación de lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley 1033 de 2006.



En conclusión: El acuerdo de convocatoria no fue expedido con violación del artículo 7.º de la Ley 1033 de 2006, en la medida en que el ámbito de aplicación de esa disposición se circunscribió a la emisión de los Decretos Leyes 091 y 092 de 2007, que desarrollaron las facultades extraordinarias concedidas en dicha ley al Gobierno Nacional, y no se extiende a las normas reglamentarias proferidas posteriormente en el marco del sistema especial de carrera del Sector Defensa. Además, porque el precepto en comento no asignó funciones de auditoría o vigilancia sobre las convocatorias de la carrera especial a la comisión parlamentaria que este ordenó conformar.

2.7. Séptimo problema jurídico

¿El acto administrativo enjuiciado incurre en la causal de infracción de las normas en que debía fundarse por la presunta venta doble del PIN para la misma convocatoria?

Tesis de la Sala: El acto administrativo enjuiciado no incurre en la causal de infracción de las normas en que debía fundarse porque este no dispuso la venta doble del PIN para la misma convocatoria. Por el contrario, este relevó del pago de los derechos de inscripción en el primer concurso del sistema especial de carrera del Sector Defensa a quienes se inscribieron en el Grupo II de la Convocatoria n.º 001 de 2005.

Para resolver este problema se estudiarán los temas que se enuncian a continuación: (2.7.1) Exoneración legal del pago de los derechos de inscripción en el primer concurso de la carrera especial del Sector Defensa, de aquellas personas que se inscribieron en la Convocatoria n.º 001 de 2005 adelantada por la CNSC y (2.7.2) caso concreto.

2.7.1. Exoneración legal del pago de los derechos de inscripción en el primer concurso de la carrera especial del Sector Defensa, de aquellas personas que se inscribieron en la Convocatoria n.º 001 de 2005 adelantada por la CNSC

Acerca de esta cuestión, se recuerda que los empleos del personal civil no uniformado del Sector Defensa fueron ofertados en su momento en el Grupo II de la Convocatoria n.º 001 de 2005 de la carrera administrativa general, y que, por virtud de la expedición de la Ley 1033 de 2006, estos fueron excluidos de tal certamen, ya que se creó el sistema especial para esos cargos.

A partir de esto, el párrafo del artículo 9.º de la Ley 1033 previó lo siguiente sobre el pago de los derechos de inscripción:



«Parágrafo. Las personas que hayan pagado el valor de la inscripción para participar en el grupo dos de la Convocatoria 001 de 2005 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tendrán derecho a participar en los procesos de selección que se adelanten en cumplimiento de las normas especiales de carrera que se expidan en desarrollo de las facultades conferidas en la presente ley, sin que deban cancelar nuevamente la inscripción. Las personas que se inscriban por primera vez deberán sufragar los gastos de inscripción que se establezcan para el efecto».

Lo precedente fue confirmado por lo que preceptuó el artículo 81 del Decreto Ley 091 de 2007, que, se recuerda, estableció que el primer concurso del sistema especial de carrera del Sector Defensa debía tener como válidas las inscripciones realizadas bajo la convocatoria del 2005, sin perjuicio de la posibilidad de actualización y modificación de los datos y la inscripción. De esta manera, se debe afirmar que las normas legales aludidas exoneraron del pago de los derechos de inscripción en el certamen a quienes se inscribieron en su momento en la Convocatoria n.º 001 de 2005.

2.7.2. Caso concreto

La Sala estima que no le asiste razón al demandante al alegar que el Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC, debe ser anulado porque con él se obligó a quienes se habían inscrito en la Convocatoria n.º 001 de 2005 a pagar una nueva inscripción para el primer concurso del sistema especial de carrera del Sector Defensa, dado que el parágrafo del artículo 7.º de dicho acto administrativo previó todo lo contrario, a saber:

«PARÁGRAFO: Los aspirantes inscritos en el Grupo II de la Convocatoria 001 de 2005 que optaron por no continuar en ella y esperar a la ejecución de la convocatoria especial del Sector Defensa, se podrán inscribir sin necesidad de pagar nuevamente derechos de participación ni valor adicional al mismo.

Los aspirantes que se inscriban por primera vez deberán sufragar los gastos de inscripción que se establezcan para el efecto».

En esa ilación, el parágrafo segundo del artículo 15 *ibidem*, sobre el procedimiento de inscripción en el concurso, preceptuó lo siguiente:

«PARÁGRAFO 2.º: Los aspirantes que en atención a la Convocatoria n.º 001 de 2005 se inscribieron en el Grupo II – Sector Defensa y que con posterioridad a la exclusión de dicho grupo de la convocatoria conservaron su PIN para inscribirse en los empleos ofertados en el primer concurso para el sistema especial de carrera del Sector Defensa, deben realizar el siguiente procedimiento:

a) Dar cumplimiento a los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 15 del presente Acuerdo, es decir, adelantar los pasos de: REGISTRO EN EL SIMO, CONSULTA OPEC, SELECCIÓN DEL EMPLEO Y CONFIRMACIÓN DE LOS DATOS DE INSCRIPCIÓN AL EMPLEO.



El aspirante en el tiempo que determine la CNSC, remitirá solicitud para que se habilite la inscripción sin el pago de los derechos de participación, por haberlos cancelado con anterioridad en la Convocatoria n.º 001 de 2005. Dicho documento se cargará en SIMO, en el ítem “Otros documentos”, nombrando el documento como “Solicitud de participación sin pago”. En este caso el aspirante podrá inscribirse a cualquiera de los empleos que conforman la oferta pública para el cual cumpla requisitos.

La mencionada solicitud debe estar acompañada con pantallazo o copia del recibo de pago emitido por el banco, en caso de no tenerla, deberá manifestar bajo la gravedad del juramento que hizo el pago de los derechos de participación en el año 2005 y que no participó en la Convocatoria n.º 001 del mismo año.

En el caso que el aspirante emita información falsa y esta sea comprobada por la CNSC se puede ver incurso en sanciones penales.

b) Una vez la CNSC realice la confrontación de la solicitud con las bases de datos que reposan en esta entidad, procederá a habilitar la inscripción para que por intermedio de SIMO, el aspirante pueda finalizar el proceso de inscripción. Para realizar el proceso de inscripción, debe dar cumplimiento al numeral 6.º del artículo 15 del presente Acuerdo, es decir a la INSCRIPCIÓN».

De conformidad con esto, lo sostenido por el señor Castaño Acosta pierde su fundamento, toda vez que el acto acusado observó plenamente lo regulado en el parágrafo del artículo 9.º de la Ley 1033 de 2006 sobre la exoneración del pago de la inscripción a quienes en su momento se inscribieron en la Convocatoria n.º 001 de 2005.

En conclusión: El acto administrativo enjuiciado no incurre en la causal de infracción de las normas en que debía fundarse porque este no dispuso la venta doble del PIN para la misma convocatoria. Por el contrario, este relevó del pago de los derechos de inscripción en el primer concurso del sistema especial de carrera del Sector Defensa a quienes se inscribieron en el Grupo II de la Convocatoria n.º 001 de 2005.

2.8. Octavo problema jurídico

¿El acuerdo demandado está viciado de nulidad por la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006 a partir de la presencia en el Ejército Nacional de representantes de esa entidad ante la CNSC que llevan más de veinte años cumpliendo esa función?

Tesis de la Sala: El acuerdo demandado no está viciado de nulidad por la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006, en la medida en que este precepto se refirió exclusivamente a la prórroga del periodo institucional de los tres miembros de la CNSC que ocupaban sus cargos en la fecha de expedición de norma legal.



Para sustentar esta postura se analizará lo siguiente: (2.8.1) Análisis de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006 y (2.8.2) caso concreto.

2.8.1. Análisis de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006

El precepto en cuestión consagra lo siguiente:

«Artículo 13. Con el fin de garantizar la culminación de las Convocatorias para la provisión de los empleos provisionales del Sistema General y Sistemas Específicos de Carrera Administrativa, prorrogúese el periodo de los miembros de la actual Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, por el término de 24 meses».

Tal y como se puede observar, ese artículo se refiere únicamente a la prórroga de veinticuatro meses del periodo institucional de cuatro años¹¹⁰ de los tres miembros que deben conformar la CNSC¹¹¹, y la finalidad de esa determinación era que se pudieran culminar las convocatorias que estaban en curso en ese momento, como la n.º 001 de 2005.

2.8.2. Caso concreto

Con base en lo anterior, esta Subsección estima que el reproche del demandante respecto de la violación de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006 en la expedición del acto administrativo acusado, carece de soporte, ya que el precepto legal mencionado se refiere a los tres comisionados nacionales del Servicio Civil que ocupaban sus cargos cuando fue expedida la referida ley¹¹², y en ello nada tienen que ver los representantes de la CNSC ante el Ministerio de Defensa. Por lo tanto, el acuerdo demandado no debe ser anulado en lo relativo a este argumento.

En conclusión: El acuerdo demandado no está viciado de nulidad por la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006, en la medida en que este precepto se refirió exclusivamente a la prórroga del periodo institucional de los tres miembros de la CNSC que ocupaban sus cargos en la fecha de expedición de norma legal.

¹¹⁰ L 909/2004, art. 9: «Procedimiento para la designación de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil y período de desempeño. Los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil serán designados para un período institucional de cuatro (4) años y de dedicación exclusiva. [...]».

¹¹¹ L 909/2004, art. 8: «Composición de la Comisión Nacional del Servicio Civil y requisitos exigidos a sus miembros.

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil estará conformada por tres (3) miembros, que serán nombrados de conformidad con lo previsto en la presente ley. [...]».

¹¹² 18 de julio de 2006.



2.9. Noveno problema jurídico

¿El acto administrativo demandado está viciado de nulidad porque al ser expedido no se previeron medidas de protección para los empleados nombrados en provisionalidad que se encontraban bajo circunstancias de vulnerabilidad por causa de maternidad, desplazamiento forzado, discapacidad y prepensionados?

Tesis de la Sala: El acto administrativo demandado no está viciado de nulidad porque al ser expedido no debía prever medidas de protección para los empleados nombrados en provisionalidad que se encontraban bajo circunstancias de vulnerabilidad por causa de maternidad, desplazamiento forzado, discapacidad y prepensionados, todos cobijados por el llamado «retén social», más allá de las que establecía el artículo 80 del Decreto Ley 091 de 2007, las cuales observó. En todo caso, se aclara que la adopción de esas medidas es competencia de la entidad beneficiaria del concurso de méritos en un momento posterior a la conformación de las listas de elegibles.

Para resolver este problema se analizarán los temas que se enuncian a continuación: (2.9.1) Medidas de protección para los empleados nombrados en provisionalidad, originadas en el llamado «retén social», en el marco de los concursos de méritos de carrera del sistema especial del Sector Defensa y (2.9.2) caso concreto.

2.9.1. Medidas de protección para los empleados nombrados en provisionalidad, originadas en el llamado «retén social», en el marco de los concursos de méritos de carrera del sistema especial del Sector Defensa

El retén social es un concepto que surgió a partir de las medidas de protección previstas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002¹¹³, en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública creado por esa ley, en el que se liquidaron o fusionaron entidades públicas y se suprimieron algunos empleos¹¹⁴. Tal retén consistía en que no podían ser retiradas del servicio las madres y los

¹¹³ «Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República». El artículo 12 estableció lo siguiente: «Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley». La Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible este artículo en la sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección de las madres cabeza de familia debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

¹¹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2020, rad. 25000-23-42-000-2015-02038-01(0887-18).



padres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores que estuvieran por cumplir con la totalidad de requisitos para disfrutar su pensión de jubilación o vejez en los tres años siguientes a la promulgación de esa ley, también conocidos como «prepensionados».

Aunque en un principio la aplicación de esta figura se limitó a los eventos de reestructuración de entidades, por vía jurisprudencial, y bajo la consideración de que este «retén» tiene raíces en preceptos como el artículo 13 de la Constitución, se amplió a otros supuestos de retiro de servidores públicos como el que se deriva de la facultad discrecional respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción¹¹⁵ y el de los empleados provisionales por causa de la celebración de una convocatoria de carrera administrativa en la que no logren ganar el concurso de méritos¹¹⁶.

Frente a estos últimos, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-446 de 2011, estudió varias acciones de tutela que fueron impetradas en contra de la Fiscalía General de la Nación, con ocasión de un concurso de méritos de la carrera especial aplicable a dicha entidad, y respecto de ellos y su eventual retiro, expuso y determinó lo siguiente:

«Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

[...]

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación **ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas**, porque si bien una cualquiera de las

¹¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-862 de 2009 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 8 de febrero de 2018, rad. 250002325000201201184 01 (2130-2016).

¹¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-446 de 2011.



situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

[...]

En relación con el llamado retén social es necesario precisar que si bien la Fiscalía General de la Nación no hace parte de la rama ejecutiva del poder público y como tal no está obligada por el programa de renovación de la administración pública contenido en la Ley 790 de 2002, razones de igualdad material propias del Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a la Sala ordenar al ente fiscal tener especial cuidado con las personas en las situaciones antedichas. [...]». (Negrita fuera de texto).

Esta postura de la Corte Constitucional fue luego incorporada para los empleos de la Rama Ejecutiva en el Decreto 1894 de 2012, que en su artículo 1.º modificó el artículo 7.º del Decreto 1227 de 2005¹¹⁷ sobre el orden de provisión definitiva de los empleos de carrera, disponiendo en su parágrafo segundo, en relación con los provisionales, lo que se transcribe a continuación¹¹⁸:

«Parágrafo 2.º Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, **antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales**, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical». (Negrita fuera de texto).

Según se puede ver, las exigencias normativas relacionadas con el retén social estuvieron dirigidas a proteger a los empleados provisionales en un momento posterior a la conformación de las listas de elegibles en los concursos de méritos y, en ese sentido, no tienen la vocación de afectar la oferta de empleos vacantes de carrera ni el acto administrativo reglamentario de la convocatoria¹¹⁹.

¹¹⁷ Reglamentario de la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998. Aunque es de aclarar que el texto inicial del artículo 7.º del Decreto 1227 de 2005 ya incluía a las personas desplazadas por la violencia en este orden de provisión de los empleos de carrera.

¹¹⁸ Esta norma fue compilada en el Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.5.3.2.

¹¹⁹ Ahora bien, es menester aclarar que la Ley 1955 de 2019, en su artículo 263, parágrafo segundo, preceptuó que los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estuvieran siendo ocupados por personal vinculado mediante nombramiento provisional



En esa ilación, en lo que tiene que ver particularmente con el sistema especial de carrera del Sector Defensa, se recuerda que el artículo 6.º de la Ley 1033 de 2006, en su literal d), sobre los parámetros que debía seguir el Gobierno Nacional en el desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en dicha norma, consagró que se debían «[a]doptar, de conformidad con las normas constitucionales y legales, los mecanismos de protección especial a la maternidad, a los servidores públicos desplazados por razones de violencia, a las madres o padres cabezas de familia y a los funcionarios que posean discapacidades físicas, síquicas o sensoriales, con el fin de proporcionarles un trabajo acorde con su condición sin desmejorar las condiciones laborales contempladas en la ley 909 de 2004».

En observancia de esto, el Decreto Ley 091 de 2007, en sus artículos 79 y 80 previó lo que a continuación se transcribe:

«Artículo 79. Protección a la maternidad.

1. No procederá el retiro de una empleada civil no uniformada del Sector Defensa, con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a la vigencia del presente decreto, mientras se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad. [...].»

Artículo 80. Protección a los desplazados por razones de violencia y a las personas con algún tipo de discapacidad. Cuando por razones de violencia un empleado civil no uniformado con derechos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, demuestre su condición de desplazado ante la autoridad competente, de acuerdo con la Ley 387 de 1997 y las normas que la modifiquen o complementen, [la Comisión Administradora del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa], solicitará a la autoridad competente la reubicación en una sede distinta a aquella donde se encuentre ubicado el empleo del cual es titular.

[...]

En todo caso, las entidades que integran el Sector Defensa, estarán obligadas, de conformidad como lo establece el artículo 27 de la Ley 361 de 1997 o normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, a preferir entre los elegibles, cuando quiera que se presente un empate, a las personas con discapacidad». (Nota: El aparte encerrado entre corchetes y el inciso omitido fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-753 de 2008).

antes de diciembre de 2018 y que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley les faltaren tres años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serían ofertados por la CNSC una vez el servidor causara su respectivo derecho pensional y, surtido lo anterior, los demás empleos debían proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios.

Esta última disposición entró en vigor el 25 de mayo de 2019, fecha de publicación de la ley, y fue luego desarrollada a nivel reglamentario en el Decreto 498 de 2020, que en su artículo 1.º modificó el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, que contenía la versión compilada del artículo 7.º del Decreto 1227 de 2005 antes analizado. No obstante, estos cambios en el ordenamiento jurídico respecto de la cuestión no serán abordados por no ser aplicables al acto administrativo demandado en este proceso, ya que su vigencia temporal es posterior a la expedición de este.



De esta regulación especial también se puede inferir que las medidas de protección para los empleados provisionales amparados por el retén social no se aplican a la configuración de la convocatoria, ni implican la exclusión de empleos vacantes en esta, por ende, lo concerniente a esta materia, se reitera, no afecta la legalidad del acto administrativo que la reglamente.

2.9.2. Caso concreto

De conformidad con lo precedente, esta Subsección estima que no hay lugar a declarar la nulidad del Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019, proferido por la CNSC, por no contener medidas de protección de los empleados provisionales cobijados por el retén social, dado que estas conciernen a la configuración de las listas de elegibles y al momento en el que se decide acerca del retiro de cada empleado, lo cual es competencia de la entidad beneficiaria del concurso de méritos.

En todo caso, se resalta que el acto acusado, atendiendo lo que prevé el artículo 80 del Decreto Ley 091 de 2007, dispuso lo siguiente en su artículo 52:

«ARTÍCULO 52. DESEMPATE EN LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Conforme al artículo 2.2.6.20 del Decreto 1083 de 2015 y demás normas concordantes, cuando dos o más aspirantes obtengan puntajes totales iguales en la conformación de la Lista de Elegibles ocuparán la misma posición en condición de empatados; en estos casos para determinar quién debe ser nombrado en periodo de prueba, se deberá realizar el desempate, para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes criterios, en su orden:

1. Con el aspirante que se encuentre en situación de discapacidad.
[...]
3. Con el aspirante que demuestre la calidad de víctima, conforme a lo descrito en el artículo 131 de la Ley 1448 de 2011. [...].»

Así las cosas, el acto administrativo demandado observó las normas que sobre la materia estaban vigentes en el momento de su expedición, sin que a este le fuera exigible aplicar normas posteriores que también abordaron el tema.

En conclusión: El acto administrativo demandado no está viciado de nulidad porque al ser expedido no debía prever medidas de protección para los empleados nombrados en provisionalidad que se encontraban bajo circunstancias de vulnerabilidad por causa de maternidad, desplazamiento forzado, discapacidad y prepensionados, todos cobijados por el llamado «retén social», más allá de las que establecía el artículo 80 del Decreto Ley 091 de 2007, las cuales observó. En todo caso, se aclara que la adopción de esas medidas es competencia de la entidad beneficiaria del concurso de méritos en un momento posterior a la conformación de las listas de elegibles.



3. DECISIÓN

Por las anteriores consideraciones se denegarán las pretensiones de la demanda de nulidad presentada por el señor Cristóbal Enrique Castaño Acosta en contra de la CNSC y la Nación, a través del Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional.

Sobre la condena en costas solicitada por la CNSC

No se accederá a la condena en costas porque, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, en procesos como este en los que se ventila un interés público, asociado a la legalidad objetiva de un acto administrativo general, esta no es procedente.

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

FALLA

Primero: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad presentada por el señor Cristóbal Enrique Castaño Acosta en contra de la CNSC y la Nación, a través del Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en los programas informáticos respectivos.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

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

