

PRINCIPIO DEL MERITO - Fundamento de la función pública. Lo garantiza el sistema de carrera administrativa / SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Objeto / CARRERA ADMINISTRATIVA - Objeto / COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - Naturaleza jurídica. Objeto. Integración. Marco legal

El artículo 125 de la Constitución Política, establece el principio de mérito como substrato de la función pública; por virtud del referido principio el acceso, permanencia y retiro de un empleo oficial está determinado por las condiciones demostradas por el aspirante al momento del ingreso y durante la vigencia de la relación laboral. Dichas condiciones sólo pueden verificarse mediante mecanismos técnicos de administración de personal como el denominado sistema de carrera administrativa, que considera tanto organismos como procedimientos y existe para garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al servicio así como la eficiencia de la función pública. Consiente de que el sistema de carrera sólo podía cumplir sus cometidos si era administrado por un órgano independiente del más alto nivel, el Constituyente de 1991, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSS -(artículo 130), como el órgano responsable de “[a]dministrar y vigilar las carreras de los servidores públicos...”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 130 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 7 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 8 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 9

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - Primera conformada: Proceso especial. Vigencia de listas de comisionados

La conformación y funcionamiento de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil se caracterizó por un aspecto extraordinario, a saber: que por virtud de la expedición de la Ley 1033 de 2006, se prorrogó el período de los comisionados por el término de 24 meses, con el propósito de que se finiquitara el proceso de selección de la Convocatoria 1 de 2005, el primer proceso de selección de alcance nacional adelantado por la Comisión. (...) El anterior recuento normativo permite sostener que la primera Comisión Nacional del Servicio Civil fue integrada previo un proceso especial, el previsto en el parágrafo del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, distinto al ordinario establecido en ese mismo artículo para las demás Comisiones, no sólo porque no agotó las etapas de convocatoria, reclutamiento, pruebas, entrevista y lista de elegibles, sino porque se efectuó para designaciones por periodos distintos, a saber: 4 años para quien ocupara el primer puesto en el concurso, 3 para quien alcanzara el segundo lugar y 2 para quien lograra el tercer lugar, períodos que al considerar la prórroga dispuesta por la Ley 1033

quedaron así: 6 años para quien obtuvo el primer puesto, 5 para quien logró el segundo y 4 para quien obtuvo el tercer lugar, además, por cuanto la respectiva lista estaría vigente hasta cuando se cumpliera el período del primer comisionado, es decir, por espacio de 6 años.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3232 DE 2004

ACTO ADMINISTRATIVO - Expedición irregular: concepto / EXPEDICION IRREGULAR DE ACTOS ADMINISTRATIVOS - Concepto. Afecta su validez

La expedición irregular como vicio anulante de los actos administrativos se estructura cuando en el proceso de formación de la decisión administrativa, se desconocen las formalidades establecidas por la ley, sea una especial o la general contenida en la primera parte del Libro I del Código Contencioso Administrativo, o cuando el respectivo acto se presenta sin considerar la manera dispuesta por el legislador. Este vicio afecta el elemento de la validez denominado adecuación de las formas. Cuando se alega que un acto administrativo se expidió en forma irregular debe plantearse una confrontación entre el procedimiento o la forma que la ley impone y el que se cumplió para su formación o la presentación de la decisión; en cuanto se aduzcan defectos en el trámite habrá de alegarse, además, que fueron de tal entidad, que afectaron el sentido de la decisión.

ACTO ADMINISTRATIVO - Falsa motivación: concepto / FALSA MOTIVACION - Concepto

La falsa motivación como vicio que causa la anulación de los actos administrativos se verifica cuando los fundamentos fácticos y/o jurídicos de la respectiva decisión se apartan de la verdad, como cuando el acto administrativo está apoyado en disposiciones jurídicas que no existen, ya porque no han sido expedidas, ora porque fueron retiradas del ordenamiento jurídico, pues se derogaron, se subrogaron, se abrogaron o se declararon nulas (siendo reglamentos) o inconstitucionales, o cuando ha sido construido con base en hechos que no han ocurrido. Este vicio afecta el elemento causal del acto administrativo.

ACTO ADMINISTRATIVO - Violación al derecho de audiencias y defensa / DERECHO DE AUDIENCIAS Y DEFENSA - Violación como causal de nulidad de actos administrativos sólo se presenta en ejercicio de facultad administrativa sancionatoria

Este vicio se verifica respecto de los actos administrativos que materializan la facultad administrativa sancionatoria que, en condición de garante del orden público económico y social le corresponde al Estado, en cuanto se haga uso de tal prerrogativa sin permitir que el encartado conozca los cargos que se le endilgan y se defiendan de éstos; representa la materialización del principio según el cual nadie puede ser sancionado si que previamente haya sido oído.

ACTO ADMINISTRATIVO - Violación de normas en que debió fundarse / VIOLACION DE NORMAS EN QUE DEBE FUNDARSE UN ACTO ADMINISTRATIVO - Concepto. Modalidades

Este defecto como vicio de los actos administrativos se configura cuando la decisión de la administración desconoce las normas superiores de orden sustancial que regulan el objeto (qué) del acto administrativo; de ahí que la citada violación se pueda dar por vía directa o indirecta y, además, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL - Legalidad de elección de comisionada: La lista de candidatos estaba vigente y no se requería nuevo proceso de selección para remplazo en primera Comisión / COMISIONADA NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - Legalidad de su elección: La lista de candidatos estaba vigente y no se requería nuevo proceso de selección para remplazo en primera Comisión

En la demanda se aduce que el acto de nombramiento demandado adolece de los vicios de violación a las normas en que debía fundarse, expedición irregular, falsa motivación y violación del derecho de audiencia y de defensa, en términos generales, porque se dispuso sin que mediara un proceso de selección y considerando una lista que se hallaba vencida. (...) Siendo que el acto demandado no estaba sometido al procedimiento ordinario establecido en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y que la lista de elegibles con arreglo a la cual se dictó se hallaba vigente, el cargo de expedición irregular no tiene vocación de prosperidad. (...) Como quedó establecido, la designación del reemplazo del doctor Luis Eduardo González Montoya, debía hacerse con arreglo a la lista que sirvió de base para su designación, tal como se hizo por lo que no era necesario adelantar un nuevo proceso de selección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente (E) doctor MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011).

Radicación No.11001-03-28-000-2010-00015-00

Radicado Interno No. 2010-00015

Demandante: Gerardo Nossa Montoya

Demandados: Magdalena Mantilla Cortés (Miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSS).

Electoral Única Instancia – Fallo

Surtido el trámite legal se dispone la Sala a proferir sentencia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Las pretensiones

El señor Gerardo Nossa Montoya, en ejercicio de la acción electoral demandó la anulación del acto administrativo contenido en el Decreto 1111 de 8 de abril de 2010, por el cual el Presidente de la República nombró a la doctora Magdalena Mantilla Cortés como miembro de la Comisión Nacional

del Servicio Civil, por el resto de un período (el del comisionado Luis Eduardo González Montoya).

1.2 Los hechos

- 1- El inciso tercero del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, establece que la Comisión Nacional del Servicio Civil, estará integrada por tres (3) comisionados designados por el Presidente de la República de lista elaborada previo concurso público y abierto de méritos, adelantado, en forma alterna, por la Universidad Nacional de Colombia y la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP-.
- 2- Según esta misma disposición el respectivo proceso de selección debe adelantarse previa convocatoria del Gobierno Nacional y la lista de elegibles que en él se conforme tiene una vigencia de 4 años.
- 3- Las particularidades del correspondiente concurso fueron establecidas mediante Decreto 3016 de 2008).
- 4- Tal proceso no se aplicó a la primera Comisión pues el párrafo del artículo 9º estableció que ésta se conformaría de una manera diferente, a saber: con las personas que, previo concurso, designara el Presidente de la República atendiendo la respectiva lista, así: quien ocupara el primer lugar, para un período de 4 años, quien ocupara el segundo puesto, para un período de 3 años y quien ocupara el tercer lugar, para un período de 2 años, vencido el período de cada uno de los comisionados sus reemplazos serían designados para periodos institucionales de 4 años.

5- Adelantado el primer concurso se elaboró una lista, conformada por los siguientes nombres:

1. Luis Eduardo González Montoya
2. Luz Patricia Trujillo Marín
3. Pedro Alfonso Hernández Martínez
4. Magdalena Mantilla Cortés.

Y con base en ella se hicieron las respectivas designaciones.

6- El período de los primeros comisionados empezó el 7 de diciembre de 2004, por lo que el del doctor Luis Eduardo González Montoya, quien ocupó el primer lugar, se extendió hasta el 7 de diciembre de 2008; sin embargo, permaneció en el cargo hasta “el mes de abril de 2010”.

7- Mediante Decreto 1111 de 8 de abril de 2010, el Presidente de la República nombró a la doctora Magdalena Mantilla Cortés, como integrante de la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal nominación se hizo con el propósito de llenar la vacante ocurrida por razón de la renuncia del Comisionado doctor Luis Eduardo González Montoya, sin que mediara el respectivo concurso de méritos pues nunca se publicó convocatoria ni lista de elegibles.

1.3 Las normas violadas y el concepto de violación

El demandante sostuvo que el acto de nombramiento contenido en el Decreto 1111 de 8 de abril de 2010, violó las siguientes normas constitucionales y legales:

Constitucionales: artículos 13, 29, 40 [7] y 209.

Legales: artículos 43 y 84 del Decreto ley 01 de 1984, 119 de la Ley 489 de 1998, 9º y 10 [b] de la Ley 909 de 2004.

Y en el concepto de la violación formuló los siguientes cargos:

a) Expedición irregular. Sostuvo que en los términos del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, la designación de miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil debe hacerse previa convocatoria a un concurso público y abierto de méritos y en la medida en que el nombramiento demandado se dispuso con base en la lista elaborada para la provisión de la primera comisión, la que se hallaba vencida, el acto de nombramiento se produjo desconociendo el procedimiento establecido para el efecto.

b) Falsa motivación. Adujo que el acto de nombramiento demandado se dictó arguyendo, por un lado, “[l]a terminación del período del Comisionado Luis Eduardo González Montoya” y, por otro, la existencia de una lista de elegibles, la elaborada en el primer concurso, cuando el período del citado comisionado, de 4 años, venció desde el 7 de diciembre de 2008, y la referida lista, se hallaba agotada desde el momento en que se hizo la designación de los primeros miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que los motivos en los que se fundó eran falaces y,

c) Violación al debido proceso. Dijo que en los términos del párrafo del artículo 9º de la Ley 909 de 2009, la lista de elegibles que se elaboró por razón del primer concurso de méritos sólo se utilizaría para la designación de los primeros comisionados, por lo que al vencimiento de citado período,

debía adelantarse un nuevo proceso de selección para el nombramiento de quienes cumplirían la función, trámite que no se cumplió.

d) Violación de las normas en que debía fundarse. Aseveró que la designación impugnada debió hacerse previo el agotamiento de un proceso en el que pudieran participar aquellas personas que cumplieran los requisitos del cargo, y en la medida en que no se dispuso de esa forma, se impidió que todos los interesados concurrieran a un proceso de selección, en condiciones de igualdad.

1.4. La corrección de la demanda

Mediante escrito, presentado en oportunidad legal, el demandante efectuó “correcciones y adiciones a la demanda”, a saber:

En cuanto a los hechos:

Dijo que en las voces del literal b) del artículo 10 de la Ley 909 de 2004, el Gobierno Nacional debía convocar al respectivo concurso público y abierto de méritos tres (3) meses antes de que expirara el período de cada uno de los miembros de la Comisión.

Sobre el concepto de la violación.

Sostuvo que el acto demandado violaba, por “expedición irregular, falsa motivación y violación al debido proceso administrativo” el literal b) del artículo 10 de la Ley 909 de 2010, porque antes del vencimiento del periodo del doctor Luis Eduardo González Montoya, que se verificó el 7 de diciembre

de 2008, no se convocó a concurso para efecto de la designación de su reemplazo.

Así mismo, sostuvo que el acto demandado violó el párrafo del artículo 9º por cuanto se dictó considerando la citada disposición no obstante que tuvo un carácter de “Transitoria”.

1.5. La coadyuvancia

Mediante escrito de 19 de mayo de 2010, el ciudadano Noel Arnoby Garibel Torres coadyuvó la demanda, su intervención reprodujo, literalmente, los argumentos de la corrección de la demanda.

2. La contestación de la demanda

La Comisionada demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones.

Hizo un recuento normativo en el que precisó, de un lado, que por mandato del párrafo del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, la designación de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil, tuvo un procedimiento especial, que se caracterizó porque conforme al mérito, los períodos de los comisionados, fueron diferentes, a saber: el de quien ocupó el primer lugar, de 4 años, el de quien alcanzó el segundo lugar: de 3 años y el de quien ocupó el tercer lugar de 2 años; porque la lista elaborada previo el proceso de selección, serviría para proveer las vacantes que se presentaran durante el respectivo proceso y, finalmente, porque el período de los miembros de esa primera comisión se prorrogó, por un término de 24 meses, por el

artículo 13 de la Ley 1033 de 2006, cuya constitucionalidad se decidió a través de la sentencia C – 308/06.

Luego precisó que una vez culminó el concurso de méritos se confeccionó una lista de elegibles, con los siguientes nombres: 1) González Montoya Luis Eduardo, 2) Trujillo Marín Luz Patricia, 3) Hernández Martínez Pedro Alfonso y 4) Mantilla Cortés Magdalena, por lo que el periodo del Comisionado González Montoya, con la prorroga, se extendía hasta el 6 de diciembre de 2010 y en la medida en que renunció al cargo antes de que venciera el período para el cual fue designado (su dimisión fue aceptada a partir del 8 de marzo de 2010), su reemplazo debía disponerse considerando la lista de elegibles elaborada con ocasión del concurso realizado en 2004, que estuvo vigente hasta el 6 de diciembre de 2010, considerando el nombre de la persona que seguía en turno, esto es, el suyo.

3. Los alegatos de conclusión

Las partes se abstuvieron de pronunciarse en esta etapa procesal.

4. El concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, en su concepto, solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda.

A juicio del señor Agente del Ministerio Público la designación de la doctora Magdalena Mantilla Cortés no adolecía de ninguno de los defectos que se le endilgaron, a saber:

a) De la expedición irregular, alegada sobre el argumento de que el nombramiento se dispuso sin que previamente se hubiera agotado el respectivo proceso de selección, porque la designación de la doctora Magdalena Mantilla Cortés, se decretó por razón de la renuncia del doctor Luis Eduardo González Montoya, uno de los miembros de la primera Comisión, presentada y aceptada antes de la terminación del período para el que fue considerado - hecho que dijo se hallaba debidamente probado -, eventualidad ante la cual no había necesidad de convocar a concurso, pues en los términos de la parte final del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, las vacancias definitivas en los cargos de Comisionado, diferentes a aquellas verificadas por el vencimiento del período, se proveían “[con el nombramiento del] siguiente de la lista de elegibles por el resto del período del reemplazado...”.

b) De la expedición irregular, por el hecho de que se hubiera dispuesto considerando una lista expirada, porque si bien los registros de elegibles para la designación de miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil de ordinario vencen al cabo de 4 años, en el sub lite debía considerarse que la designación de la primera Comisión se adelantó en cumplimiento de unas reglas especiales por virtud de las cuales los períodos de cada comisionado eran diferentes y, en la medida en que la respectiva lista estaba dispuesta para proveer los empleos de Comisionado de la primera Comisión, estuvo vigente hasta cuando expiró el tiempo de aquél que ocupó el primer lugar, incluyendo la prórroga dispuesta a través del artículo 13 de la Ley 1033 de 2006, es decir, hasta el 6 de diciembre de 2010.

c) De la falsa motivación, alegada sobre el argumento de que el acto demandado se afincó en el hecho falso de que el período del Comisionado reemplazado vencía el 6 diciembre de 2010, porque si bien el Comisionado

Luis Eduardo González Montoya fue nombrado para un período personal de 4 años que empezó el 6 de diciembre de 2004 y vencía el 6 de diciembre de 2008, dicho período fue prorrogado por un término de 24 meses por el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006, por lo que se extendió hasta el 6 de diciembre de 2010, y en la medida en que se retiró, por aceptación de la renuencia legalmente presentada, desde el 8 de marzo de 2010, se imponía la designación de su reemplazo, quien habría de ocupar el cargo hasta el vencimiento del período, con su prórroga; siendo así, los motivos del acto, eran ciertos.

d) De la violación al debido proceso, esgrimida sobre el argumento de que ante la inexistencia de lista de legibles se imponía adelantar, previa convocatoria pública, el respectivo proceso de selección, porque la conformación de la primera Comisión estuvo gobernada por un proceso especial, en el que se expidió una lista de elegibles que se hallaba vigente para la época de la designación y a ella debía acudir.

e) De la violación de las normas en que debía fundarse, construido sobre el argumento de que, tres meses antes del vencimiento del período del comisionado Luis Eduardo González Montoya, que según el actor se verificaba el 6 de diciembre de 2008, debió convocarse a concurso por cuanto, como se dijo, el periodo del citado señor, al igual que el de los demás miembros de la Comisión fue prorrogado por un término de 24 meses por el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006 y,

f) De la violación de las normas en que debía fundarse, alegado aduciendo que la designación demandada debió estar precedida de un concurso de méritos, porque contiene la misma acusación alegada como expedición irregular.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia y oportunidad

La Sala es competente para conocer del presente proceso en única instancia, conforme a lo establecido en los artículos 128 y 231 del Código Contencioso Administrativo.

La demanda se presentó dentro de la oportunidad prevista en el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que el acto demandado se expidió el 8 de abril de 2010 y el libelo inicial se radicó en la Secretaría de esta Sección el 5 de mayo de 2010 (folios 1 y 13).

2. El acto demandado

Es el Decreto 1111 de 8 de abril de 2010, por el cual el Presidente de la República, nombró, de la lista de elegibles elaborada por la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP - para la designación de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil, a la doctora Magdalena Mantilla Cortés, en reemplazo del doctor Luis Eduardo González Montoya a quien se le aceptó la renuncia.

3. Análisis de los cargos

En la demanda se aduce que el acto de nombramiento demandado adolece de los vicios de violación a las normas en que debía fundarse, expedición irregular, falsa motivación y violación del derecho de audiencia y de defensa,

en términos generales, porque se dispuso sin que mediara un proceso de selección y considerando una lista que se hallaba vencida.

Para proveer sobre el fondo de las pretensiones, por efectos de orden, la Sala se ocupara de los siguientes asuntos: 1) De los antecedentes normativos de la designación de miembros de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil, 2) De los hechos probados en el proceso y 3) De las irregularidades aducidas en la demanda.

3.1. De los antecedentes normativos de la designación de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil.

El artículo 125 de la Constitución Política, establece el principio de mérito como substrato de la función pública; por virtud del referido principio el acceso, permanencia y retiro de un empleo oficial está determinado por las condiciones demostradas por el aspirante al momento del ingreso y durante la vigencia de la relación laboral.

Dichas condiciones sólo pueden verificarse mediante mecanismos técnicos de administración de personal como el denominado sistema de carrera administrativa, que considera tanto organismos como procedimientos y existe para garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al servicio así como la eficiencia de la función pública.

Consiente de que el sistema de carrera sólo podía cumplir sus cometidos si era administrado por un órgano independiente del más alto nivel, el Constituyente de 1991, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSS - (artículo 130), como el órgano responsable de *“[a]dministrar y vigilar las carreras de los servidores públicos,...”*

Este órgano alcanzó la forma que hoy presenta con la Ley 909 de 2004 “[P]or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, cuyo artículo 7º dispuso:

“Artículo 7º. Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

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

En cuanto a su integración el artículo 8º ibídem, previó:

“Artículo 8º. 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.

2. Para ser elegido miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil se requiere ser colombiano de nacimiento, mayor de 35 años, con título universitario en áreas afines a las funciones de la Comisión Nacional, postgrado y experiencia profesional acreditada en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público, por más de siete (7) años”.

Y en forma consecuente con el principio del mérito, sobre el que subyace el acceso a la función pública, el artículo 9º estableció la forma como se designarían sus integrantes, a saber.

Artículo 9º. 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. Durante su período no podrán ser removidos o retirados, excepto por sanción disciplinaria o por llegar a la edad de retiro forzoso.

Cuando deba ser remplazado un miembro de la Comisión, quien lo haga como titular lo hará por el resto del período del reemplazado y, en todo caso los Comisionados no serán reelegibles para el período siguiente.

La Comisión Nacional del Servicio Civil se conformará mediante concurso público y abierto convocado por el Gobierno Nacional y realizado en forma alterna, por la Universidad Nacional y la ESAP. A tal concurso se podrán presentar todos los ciudadanos que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 8° de la presente ley.

Con los candidatos que superen el concurso se establecerá una lista de elegibles en estricto orden de méritos, la cual tendrá una vigencia de cuatro (4) años. El candidato que ocupe el primer puesto será designado por el Presidente de la República como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil para el período respectivo. Las vacancias absolutas se suplirán de la lista de elegibles en estricto orden de méritos para el período restante.

Los concursos para la selección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil se realizarán de acuerdo con el procedimiento que para el efecto establezca el reglamento.

No podrá ser elegido miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil quien en el año inmediatamente anterior haya ostentado la facultad nominadora en las entidades a las cuales se les aplica la presente ley; igualmente a los miembros de la Comisión se les aplicará el régimen de incompatibilidades e inhabilidades establecido en la Constitución y en la ley para ser Ministro de Despacho.

Tres (3) meses antes del vencimiento del período para el cual fue nombrado cada uno de los miembros de la Comisión, el Presidente de la República procederá a efectuar la designación respectiva, para lo cual deberá cumplirse el trámite establecido en este artículo..."

Ahora bien, dadas las vicisitudes por las que ha pasado la implementación del principio del mérito como fundamento de la función pública, y el sistema de carrera que lo materializa, habida consideración de que a pesar de su existencia desde el Acto legislativo 1 de 1957, que creó una Comisión del Servicio Civil, así como la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y, de las normas sobre carrera contenidas en el Decreto 2400 de 1968 y las Leyes 27 de 1992 y 443 de 1998, hasta 2004, el mérito no era el

factor determinante en la vinculación y permanencia en los destinos públicos, la Ley 909 quiso que el sistema de carrera en ella establecido empezara a funcionar en forma inmediata y dispuso un procedimiento especial para la integración de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil.

En efecto, el párrafo del artículo 9º antes citado, previó:

*“Párrafo transitorio. Para asegurar la aplicación **inmediata** de la presente ley, los tres (3) primeros miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil serán designados de conformidad con el siguiente procedimiento:*

Una lista de cinco (5) candidatos designados por el Defensor del Pueblo, cinco candidatos por la Corte Suprema de Justicia y cinco candidatos por la agremiación más representativa de las universidades públicas y privadas.

En la conformación de estas listas se tendrá en cuenta que los candidatos acrediten los requisitos señalados en el artículo 8º y se observe lo dispuesto en la Ley 581 de 2000.

Con los candidatos que integren las anteriores listas, se realizará un concurso de méritos por la Universidad Nacional o la ESAP, las cuales remitirán la lista de aprobados al Presidente de la República para su designación y correspondiente posesión, en estricto orden de mérito. Esta lista solamente será utilizada para la designación de los primeros miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil y para suplir las vacancias definitivas que se ocasionen con relación a los empleos de dichos miembros.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación y designación personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal o quien esté ligado por matrimonio o unión permanente respecto de los candidatos.

Con el objeto de asegurar el funcionamiento de la Comisión, los miembros de la primera designación de la Comisión Nacional del Servicio Civil tendrán un período que se decidirá atendiendo el puntaje obtenido en el concurso de méritos así: Cuatro (4) años para el mayor puntaje, tres años para el del segundo puntaje y dos años para el del tercer puntaje. Vencido cada uno de estos períodos el nuevo nombramiento se efectuará por un período institucional de cuatro (4) años, de acuerdo con lo previsto en el presente artículo.

Para la conformación de la Comisión, dentro del mes siguiente a la vigencia de la presente ley se integrarán las listas de que trata este artículo, para que dentro de los dos (2) meses siguientes se efectúe el proceso de evaluación y nombramiento de conformidad con lo establecido en el presente artículo”.

Esta disposición se desarrolló en forma subsiguiente por el Decreto 3232 de 2004, que dispuso:

“DECRETO 3232 DE 2004

(octubre 5)

Diario Oficial No. 45.693 de 6 de octubre de 2004

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Por el cual se reglamentan el Artículo 8o. y el Parágrafo Transitorio del Artículo 9o. de la Ley 909 de 2004.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en los artículos 8o. y 9o. de la Ley 909 de 2004,

DECRETA:

Artículo 1o. Para la designación de los primeros miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo y la Asociación Colombiana de Universidades, ASCUN como agremiación más representativa de las universidades públicas y privadas, de acuerdo con certificación expedida por el Ministerio de Educación Nacional, dentro del mes siguiente a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, harán llegar a la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, entidad que adelantará el concurso de méritos, las listas con los cinco candidatos propuestos por cada una de las mencionadas instituciones, para participar en la selección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En la conformación de las listas de candidatos se observará lo dispuesto en la Ley 581 de 2000, mediante la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público.

A las listas deberán anexarse las hojas de vida de los candidatos con los documentos que soportan el cumplimiento de los requisitos.

Artículo 2o. Para efectos de lo establecido en el numeral 2 del artículo 8o. de la Ley 909 de 2004, las profesiones afines a las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de acuerdo con la certificación expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, son las siguientes: Derecho, psicología, administración de empresas, administración pública, ingeniería industrial, e ingeniería administrativa.

Artículo 3o. Los candidatos propuestos se someterán a un concurso de méritos, el cual se adelantará dentro del término establecido en el parágrafo transitorio del artículo 9o. de la Ley 909 de 2004, en el que se aplicarán las siguientes pruebas o instrumentos de selección:

1. Prueba de conocimientos relacionados con los aspectos técnicos y jurídicos que requiere la aplicación de la carrera administrativa. El valor de esta prueba respecto del total del concurso será del 40%.

2. Prueba que evalúe las competencias gerenciales que requiere el ejercicio de la función de miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para la evaluación de este factor podrán utilizarse pruebas escritas o entrevista o ambas. El valor de esta prueba será del 40% sobre el total del concurso. Cuando se utilice prueba escrita y entrevista cada una tendrá un valor del 20%.

3. Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo y publicaciones sobre temas relacionados con las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esta prueba tendrá un valor del 20% dentro del concurso. Para su valoración la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, construirá un instrumento en el cual a la experiencia se le asignará un peso del 70% del total de esta prueba. Este instrumento será publicado en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, con anterioridad a la aplicación de la primera prueba.

Parágrafo. La Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, adelantará el concurso de méritos de que trata el presente artículo.

Artículo 4o. La Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, elaborará un cronograma que será publicado en su página web, con cinco (5) días de anterioridad a la aplicación de la primera prueba.

El cronograma incluirá fecha, hora y lugar de realización de las pruebas; cuando se trate de pruebas de aplicación individual la citación personal se efectuará a cada candidato a través de correo postal o electrónico.

Artículo 5o. Con base en los resultados de las pruebas y con quienes obtengan puntajes ponderados iguales o superiores al 70%. La Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, elaborará la lista de aprobados, la cual será publicada en la página web de esa entidad.

La lista de aprobados será publicada en el Diario Oficial y en la página web de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y se remitirá al Presidente de la República quien designará y posesionará a los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el período correspondiente, según lo establecido en el parágrafo transitorio del artículo 9o. de la Ley 909 de 2004.

Artículo 6o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación...”

Además, la conformación y funcionamiento de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil se caracterizó por un aspecto extraordinario, a saber: que por virtud de la expedición de la Ley 1033 de 2006, se prorrogó el período de los comisionados por el término de 24 meses, con el propósito de que se finiquitara el proceso de selección de la Convocatoria 1 de 2005, el primer proceso de selección de alcance nacional adelantado por la Comisión.

De hecho el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006, dispuso:

“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, prorroguese el periodo de los miembros de la actual Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, por el término de 24 meses”.

El anterior recuento normativo permite sostener que la primera Comisión Nacional del Servicio Civil fue integrada previo un proceso especial, el previsto en el párrafo del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, distinto al ordinario establecido en ese mismo artículo para las demás Comisiones, no sólo porque no agotó las etapas de convocatoria, reclutamiento, pruebas, entrevista y lista de elegibles, sino porque se efectuó para designaciones por periodos distintos, a saber: 4 años para quien ocupara el primer puesto en el concurso, 3 para quien alcanzara el segundo lugar y 2 para quien lograra el tercer lugar, períodos que al considerar la prórroga dispuesta por la Ley 1033 quedaron así: 6 años para quien obtuvo el primer puesto, 5 para quien logró el segundo y 4 para quien obtuvo el tercer lugar, además, por cuanto la respectiva lista estaría vigente hasta cuando se cumpliera el período del primer comisionado, es decir, por espacio de 6 años.

3.2. De lo probado en el proceso

Las pruebas adosadas al expediente dan cuenta de que:

a) Por razón de la expedición de la Ley 909 de 2004, la Escuela Superior de Administración Pública, previo el trámite dispuesto en los artículos 8º y 9º, párrafo, de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 3232 de 2004, adelantó un proceso de selección para la provisión de los empleos de comisionado de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil, que culminó con la lista de

elegibles publicada en el Diario oficial 45.757 de 29 de noviembre de 2004 (fl. 3), integrada como sigue:

	Nombre	Cédula	Puntaje
1.	González Montoya Luis Eduardo.	10'222.142	80,23
2.	Trujillo Marín Luz Patricia.	31'831.573	78,66
3.	Hernández Martínez Pedro.	19'362.157	76,78
4.	Mantilla Cortés Magdalena.	41'396.296	75,22
5.	Fuentes González Germán.	17'192.675	74,80
6.	Mosquera Astorquiza María Piedad	34'522.655	74,63
7.	Giraldo López Aida Mónica.	35'456.913	74, 52

b) En forma consecuente el Presidente de la República designó como comisionados, y por el término que en cada caso se precisa, a las siguientes personas:

- Por Decreto 4085 de 6 de diciembre de 2004, para una período de 4 años, al doctor Luis Eduardo González Montoya, quien se posesionó, según Acta, el 7 de diciembre de ese año (fls. 48 y 54).

- Por Decreto 4083 de 6 de diciembre de 2004, para un período de 3 años, a la doctora Luz Patricia Trujillo Marín, quien se posesionó, conforme Acta, el 7 de diciembre de 2004 (fls. 47 y 52) y,

- Por Decreto 4084 de 6 de diciembre de 2004, para un período de 2 años, al doctor Pedro Alfonso Hernández Martínez, quien se posesionó, tal como aparece en el Acta, el 7 de diciembre de 2004 (fls. 43 y 53).

Tomado en cuenta el período para el cual fueron designados y la prórroga dispuesta por el artículo 13 de la Ley 1033 de 2006, el período de cada uno de los citados Comisionados vencía:

- El del doctor Luis Eduardo González Montoya, el 7 de diciembre de 2010.

- El de la doctora Luz Patricia Trujillo Marín el 7 de diciembre de 2009 y,

- El del doctor Pedro Alfonso Hernández Martínez, el 7 de diciembre de 2008.

c) El 8 de marzo de 2010, el Comisionado Luis Eduardo González Montoya, cuyo período vencía el 7 de diciembre de 2010, presentó renuncia al cargo de Comisionado y ésta le fue aceptada por Resolución número 1116 de 8 de marzo de 2010 (fls. 64 y 91).

d) Ante la vacante ocurrida por razón de la aceptación de la renuncia del doctor Luis Eduardo González Montoya, miembro de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil, y atendiendo el mandato de la parte *in fine* del inciso cuarto del párrafo del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, que prevé: *"[Esta lista [se refiere a la elaborada en el concurso para la provisión de los empleos de comisionado de la primera Comisión Nacional del Servicio Civil] solamente será utilizada para la designación de los primeros miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil y para suplir las vacancias definitivas que se ocasionen con relación a los empleos de dichos miembros..."* el Presidente de la República nombró, hasta el 6 de diciembre de 2006, a la doctora Magdalena Mantilla Cortés, como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

3.3. De las acusaciones puntuales contenidas en la demanda.

3.3.1. De la expedición irregular.

La expedición irregular como vicio anulante de los actos administrativos se estructura cuando en el proceso de formación de la decisión administrativa, se desconocen las formalidades establecidas por la ley, sea una especial o la general contenida en la primera parte del Libro I del Código Contencioso Administrativo, o cuando el respectivo acto se presenta sin considerar la manera dispuesta por el legislador. Este vicio afecta el elemento de la validez denominado adecuación de las formas.

Cuando se alega que un acto administrativo se expidió en forma irregular debe plantearse una confrontación entre el procedimiento o la forma que la ley impone y el que se cumplió para su formación o la presentación de la decisión; en cuanto se aduzcan defectos en el trámite habrá de alegarse, además, que fueron de tal entidad, que afectaron el sentido de la decisión.

En la demanda se dijo que el acto de nombramiento impugnado adolecía de expedición irregular, porque se dispuso sin que previamente se agotara el proceso ordinario dispuesto por el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, el que debía convocarse con 3 meses de antelación, con base en una lista que había perdido vigencia y considerando un proceso que tuvo vigencia temporal.

Un examen somero de los antecedentes del acto demandado, cuya constatación se hizo en el capítulo precedente, es suficiente para desestimar este cargo, pues como quedó establecido el nombramiento de la demandada estuvo determinado por la renuncia presentada y aceptada al Comisionado de la primera Comisión doctor Luis Eduardo González Montoya, cuya vacante debía proveerse atendiendo la lista elaborada con ocasión del concurso especial adelantado en cumplimiento de las previsiones del párrafo del artículo 9º de la Ley 909, pues su vigencia iba hasta el día en

que el último de los primeros comisionados terminara su período, y no conforme al trámite establecido en el mismo artículo 9º, para las demás comisiones.

Siendo que el acto demandado no estaba sometido al procedimiento ordinario establecido en el artículo 9º de la Ley 909 de 2004 y que la lista de elegibles con arreglo a la cual se dictó se hallaba vigente, el cargo de expedición irregular no tiene vocación de prosperidad.

3.3.2. De la falsa motivación

La falsa motivación como vicio que causa la anulación de los actos administrativos se verifica cuando los fundamentos fácticos y/o jurídicos de la respectiva decisión se apartan de la verdad, como cuando el acto administrativo está apoyado en disposiciones jurídicas que no existen, ya porque no han sido expedidas, ora porque fueron retiradas del ordenamiento jurídico, pues se derogaron, se subrogaron, se abrogaron o se declararon nulas (siendo reglamentos) o inconstitucionales, o cuando ha sido construido con base en hechos que no han ocurrido. Este vicio afecta el elemento causal del acto administrativo.

En la demanda se adujo que el acto de nombramiento adolecía de falsa motivación pues se motivó en el hecho según el cual antes de la terminación del período, se dio una vacante en el cargo de comisionado por la renuncia del titular doctor Luis Eduardo González Montoya, no obstante que el periodo del citado comisionado venció desde el 7 de diciembre de 2008.

Pero esta acusación al igual que la anterior, resulta desvirtuada si se tiene en cuenta que el período del citado comisionado, de 4 años, fue ampliado por la Ley 1033 de 2006 en 24 meses, por lo que se extendía hasta el 7 de

diciembre de 2010 y al haberse presentado y aceptado la renuncia al cargo se dio la vacante a la que se refería la motivación del acto demandado, luego entonces el cargo así formulado tampoco tiene vocación de prosperidad.

3. 3.3 De la violación del derecho de audiencia y de defensa.

Este vicio se verifica respecto de los actos administrativos que materializan la facultad administrativa sancionatoria que, en condición de garante del orden público económico y social le corresponde al Estado, en cuanto se haga uso de tal prerrogativa sin permitir que el encartado conozca los cargos que se le endilgan y se defienda de éstos; representa la materialización del principio según el cual nadie puede ser sancionado si que previamente haya sido oído.

En la demanda se dijo que el acto impugnado adolecía del citado vicio porque se dictó sin que previamente se hubiera publicitado acto de convocatoria; así también porque no se convocó a concurso dentro de los tres meses anteriores a la fecha en que se terminó el periodo del comisionado reemplazado, como lo imponía el artículo 10 [b] de la Ley 909 de 2004.

Pues bien, acusaciones como la descrita no configuran el vicio de la violación del derecho de audiencia y de defensa, porque como se dijo, éste defecto tiene unos contornos bien definidos, y sólo es predicable de actos que materializan la facultad administrativa sancionatoria, cuando el demandado contiene la concreción de la facultad nominadora.

Además, la situación aducida en la demanda, igual que en los casos anteriores, fluye de la indebida interpretación que hizo el demandante de lo acontecido en el proceso de designación de la demandada y las normas que

regulaban la conformación de la primera Comisión pues, se reitera, la provisión de las vacantes que se presentaron por razón de alguna de las causales de retiro del servicio, salvo la del vencimiento del período, respecto de los primeros Comisionados, no requerían concurso de méritos, se agotaban con la lista por virtud de la cual éstos fueron designados.

3.3.4. De la violación de las normas en que debía fundarse

Este defecto como vicio de los actos administrativos se configura cuando la decisión de la administración desconoce las normas superiores de orden sustancial que regulan el objeto (qué) del acto administrativo; de ahí que la citada violación se pueda dar por vía directa o indirecta y, además, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

El demandante adujo que el nombramiento impugnado violaba el artículo 13 superior porque se dictó sin que previamente se efectuara una convocatoria pública que permitiera que todas las personas que cumplían los requisitos para el empleo participaran en el respectivo proceso.

Tal acusación es infundada habida cuenta de que, como quedó establecido, la designación del reemplazo del doctor Luis Eduardo González Montoya, debía hacerse con arreglo a la lista que sirvió de base para su designación, tal como se hizo por lo que no era necesario adelantar un nuevo proceso de selección.

4. La conclusión

En síntesis, la designación del reemplazo del comisionado Luis Eduardo González Montoya, cuyo período vencía el 7 de diciembre de 2010, debía hacerse considerando la lista de elegibles por virtud de la cual éste resultó

nombrado, y al proveerse de tal forma, mediante acto administrativo contenido en el Decreto 1111 de 8 de abril de 2010, no se violó, por ninguna de las circunstancias aducidas en la demanda, las disposiciones contenidas en los artículos 13, 29, 40 [7] y 209 de la Constitución, 47 y 84 del Decreto Ley 01 de 1984 y 9 y 10 [b] de la Ley 909 de 2004, y las pretensiones de la demanda deben denegarse.

III. LA DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

En firme este fallo archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
Secretario