

ACTO DE CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS - No suscripción por la entidad beneficiaria del concurso / SUSCRIPCIÓN DEL ACTO DE CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS- No es requisito de existencia y validez / PRINCIPIO DE COORDINACIÓN –Aplicación

Para efectos de la construcción misma del proceso de convocatoria a concurso de méritos se hace necesaria la participación activa de la entidad beneficiaria del mismo, como expresión del principio de coordinación a que se refiere el artículo 209 Superior. Por lo que, tratándose de la emanación del acto administrativo que contiene dicha convocatoria, como lo ha dicho la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, tanto la CNSC como la entidad beneficiaria deben “*agotar una etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional por las implicaciones administrativas y presupuestales que ello comporta*”, conducente a la suscripción final del acto que la incorpora, lo que como se dijo se puede materializar mediante la emanación que profiera la mencionada Comisión con la concurrente firma de la entidad beneficiaria para formalizar su manifestación de voluntad. No obstante, la ausencia formal de este requisito puede subsanarse, de tal manera que la voluntad de la entidad beneficiaria pueda ser verificada a través de otros medios probatorios encaminados a demostrar su participación e intervención en el *iter* administrativo que culminó con la convocatoria pública, como de hecho ocurriera en el caso estudiado. A esta conclusión se debe arribar en la medida en que tanto desde el punto de vista del Derecho Administrativo como Constitucional no ofrece controversia alguna el hecho de sostener que la firma por parte de la entidad beneficiaria del concurso no se erige como requisito *sine qua non* para la existencia y validez del acto administrativo que incorpora la convocatoria a concurso de méritos, por cuanto que no tiene poder suficiente para perturbar su legalidad, siendo por tanto un elemento para ser tenido en cuenta al momento de auscultar su eficacia.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 534 DE 2015 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (No nulo) / ACUERDO 553 DE 2015 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (No nulo) / 554 DE 2015 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (No nulo)

FUENTE FORMAL : LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 11 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 30 7 CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209

FACULTADES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL EN CONCURSOS DE MÉRITOS

En relación con la convocatoria de los concursos públicos de méritos tiene de manera precisa y privativa las siguientes atribuciones: (i) fijar los lineamientos generales con los que se desarrollarán los procesos de selección; (ii) acreditar a las entidades que podrán realizar procesos de selección; (iii) elaborar las convocatorias a concurso; (iv) realizar y adelantar los procesos de selección para el ingreso al empleo público, y (v) determinar los costos de los concursos.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ELEMENTOS DE EXISTENCIA / ELEMENTOS DE VALIDEZ / ELEMENTOS DE EFICACIA U Oponibilidad

Se ha considerado que el acto administrativo tiene como elementos esenciales los de existencia, que han sido ubicados en el órgano y su contenido; los de validez, que son relativos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento, y la eficacia

u oponibilidad, sumergidas en las ritualidades para hacerlo eficaz y capaz de producir efectos jurídicos

VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Alcance

La validez de un acto administrativo, se hace alusión a la conformidad que este tiene con el ordenamiento jurídico, consecuencia del respeto a la legalidad o del sometimiento a las exigencias del derecho vigente, o en otras palabras, se refiere al valor que tiene el acto administrativo cuando quiera que es confrontado con los preceptos legales, los cuales generan acatamiento por parte de los administrados en la medida en que rigen las relaciones entre ellos y el Estado.

EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Alcance

En lo que respecta a la existencia del Acto Administrativo, la Corte Constitucional ha considerado que está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. De forma que, el Acto Administrativo existe desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del Acto Administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada a su publicación o notificación

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la existencia del acto administrativo Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

EXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos / FORMALIDADES SUSTANCIALES / FORMALIDADES ACCIDENTALES

Resulta preciso recabar sobre tres de los elementos que permiten configurar la existencia del acto administrativo como son a saber: el órgano, la voluntad y la forma. Es así como *el órgano*, entendido como el ente creador del acto, esto es la entidad estatal que investida de la función administrativa y en ejercicio de sus competencias, emite una manifestación de *voluntad* consciente, intelectual e intencional, que ajustada a las normas legales y teniendo en cuenta las razones de hecho y de derecho que la determinan, produce efectos jurídicos. Esta manifestación de voluntad de la administración, que cumple con un fin inmediato, se reviste bajo una *forma*, la cual le permite cumplir con los requisitos y el modo de exteriorizar el acto administrativo; de manera que las formalidades han sido clasificadas en sustanciales y meramente accidentales. Las formalidades sustanciales son aquellas que de estructurarse vician el acto administrativo, tales como el preámbulo, el contenido, los argumentos o razones, la motivación, la parte dispositiva y los recursos procedentes. *Contrario sensu*, las formalidades accidentales no tienen poder suficiente para perturbar la legalidad del acto, *verbigracia* requisitos como fecha, encabezamiento, denominación y firma.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las omisiones insignificante del acto administrativo, Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencias, del 25 de mayo de 1968, M.P. Alfonso Meluk, 15 de mayo de 1991, rad 190. M.P. Libardo Rodríguez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Magistrado ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 11001-03-25-000-2016-01017-00(4574-16)

Actor: GINNA JOHANNA RIAÑO GARCÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Asunto: Nulidad de los acuerdos 534 del 10 de febrero de 2015, 553 del 3 de septiembre de 2015 y 554 del 5 de septiembre de 2015, de la CNSC – Interpretación del numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Medio de control: **Nulidad - Ley 1437 de 2011**

Sentencia de única instancia

1. La Sala decide la demanda instaurada por la señora Ginna Johanna Riaño García, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, contra los acuerdos números 534 del 10 de febrero de 2015, 553 del 3 de septiembre de 2015 y 554 del 5 de septiembre de 2015 expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto se considera que fueron expedidos de forma irregular y vulnerando disposiciones normativas en las que deberían fundarse.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

2. El 21 de octubre de 2016, la señora Ginna Johana Riaño García, actuando a través de su apoderado José Bernardo Martínez Rodríguez, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de los acuerdos números 534 del 10 de febrero de 2015 *“por el cual se*

convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, convocatoria No. 326 de 2015 DANE”; 553 del 03 de septiembre de 2015 “por el cual se suspende temporalmente la convocatoria No. 326 de 2015 DANE, y se dictan otras disposiciones”; y 554 del 5 de septiembre de 2015 “por el cual se modifica el Artículo 6 del Acuerdo 553 del 3 de septiembre de 2015, mediante el cual se suspendió temporalmente la Convocatoria No. 326 de 2015 DANE, y se dictan otras disposiciones”; expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, firmados por el doctor Pedro Arturo Rodríguez Tobo, en su calidad de Presidente Encargado y publicado en debida forma.

3. Mediante escrito separado, la demandante también solicitó la suspensión provisional de los efectos de los acuerdos acusados.

Los actos acusados

4. La demandante pretende que se declare la nulidad de los acuerdos números 534 del 10 de febrero de 2015, 553 del 3 de septiembre de 2015 y 554 del 5 de septiembre de 2015 expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, (en adelante CNSC) los cuales son del siguiente tenor literal:

Acuerdo número 534 del 10 de febrero de 2015

“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, convocatoria No. 326 de 2015 DANE”

LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC

En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 130 de la Constitución Política, en los artículos 11 y 30 de la Ley 909 de 2004, y en los artículos 11 y 13 del Decreto 1227 de 2005, y

(...)

ACUERDA:
CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1º. CONVOCATORIA. Convócase a Concurso Abierto de Méritos para proveer de manera definitiva mil once (1.011) vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, que se identificará como “Convocatoria No. 326 de 2015 DANE”.

(...)

CAPITULO VIII
DISPOSICIONES FINALES

ARTICULO 62º. VIGENCIA. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y publicación en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 33 de la Ley 909 de 2004.

(...)

PEDRO ARTURO RODRÍGUEZ TOBO
Presidente (E)”

Acuerdo número 553 del 3 de septiembre de 2015

“Por el cual se suspende temporalmente la Convocatoria No. 326 de 2015 DANE, y se dictan otras disposiciones.

LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC,

(...)

ACUERDA:

ARTICULO 1º. Suspende, temporalmente, hasta el nueve (9) de septiembre de 2015, inclusive, la ejecución de la Convocatoria No. 326 de 2015 DANE, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

(...)

ARTICULO 12º. El presente Acuerdo rige a partir de su publicación.

(...)

PEDRO ARTURO RODRÍGUEZ TOBO
Presidente (E)”

Acuerdo número 554 del 5 de septiembre de 2015

“Por el cual se modifica el Artículo 6 del Acuerdo 553 del 03 de septiembre de 2015, mediante el cual se suspendió temporalmente la Convocatoria No. 326 de 2015 DANE, y se dictaron otras disposiciones”.

LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC

(...)

ACUERDA:

ARTÍCULO 1º. Modificar el Artículo 6 del Acuerdo 553 de 2015, el cual quedará así:

“ARTICULO 6º. Permitir por una única vez que los aspirantes que actualmente se encuentran inscritos en cualquiera de los empleos ofertados en la Convocatoria No. 326 de 2015 DANE y que consideren tener mejores posibilidades de participar en los empleos que se incluirán en la Oferta Pública de Empleos de Carrera, conforme a lo previsto en el artículo 4 del presente Acto Administrativo, puedan modificar la inscripción realizada previamente, para lo cual, dentro del término de inscripciones, deberán ingresar al aplicativo inscripción y constancia de inscripción – módulo cambio de empleo, el cual estará dispuesto por la CNSC para tal y fin y de esta manera realizar directamente el cambio del empleo”.

ARTICULO 2º. Publicar el presente Acto Administrativo en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 909 de 2004, a efectos de comunicarlo a todos los interesados en este proceso de selección.

ARTICULO 3º. El presente Acuerdo rige a partir de su publicación.

(...)

PEDRO ARTURO RODRÍGUEZ TOBO

Presidente (E)”

Normas violadas y concepto de violación

5. La demandante considera que con la expedición de los mencionados acuerdos se han vulnerado los artículos 2, 6, 29 y 209 de la Constitución Política; 31 numeral 1 de la Ley 909 de 2004 y 137, 149 y 162 de la ley 1437 de 2011, cuyo concepto de violación desarrolla a través de los siguientes cargos:

Haber sido expedidos con infracción de las normas en que debería fundarse.

6. Considera el actor que los actos demandados no tuvieron en cuenta las disposiciones constitucionales y legales invocadas como violadas en la medida en que se omitió la firma del director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (en adelante DANE) en cada uno de los acuerdos mencionados, puesto que estos solo fueron firmados “de forma unilateral” por el presidente de la CNSC.

Expedición de los acuerdos de forma irregular.

7. Se argumenta que se incurre en dicha causal de nulidad por cuanto los acuerdos no fueron expedidos conjuntamente con el jefe de la entidad u organismo que solicitó iniciar la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del DANE, convocatoria No. 326 de 2015- DANE, tal como lo dispone el artículo 31 numeral 1 de la Ley 909 de 2004.

TRÁMITE PROCESAL

8. Mediante providencia del 22 de agosto de 2017, se admitió la demanda, conforme con el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se ordenaron las notificaciones de Ley. Se notificó además al Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

9. La audiencia prevista en el artículo 180 del CPACA se llevó a cabo el 16 de abril de 2018, agotando los presupuestos procesales establecidos para el efecto y procediéndose a la respectiva fijación del litigio.

LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Comisión Nacional del Servicio Civil.

10. Contestó extemporáneamente la demanda, tal como aparece a folios 250 a 261 del expediente.

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

11. Por medio de apoderada, el DANE consideró que las pretensiones de la demanda están llamadas a “fracasar” toda vez que carecen de los presupuestos fácticos y jurídicos que le den existencia y validez, puesto que la Entidad que representa no gerencia la Carrera Administrativa en Colombia de acuerdo con la Ley 909 de 2004, de forma tal que pidió al Consejo de Estado que se decida con prontitud la medida cautelar solicitada por la demandante, dado que *“en este momento del proceso concursal la entidad que represento tiene listas de elegibles las cuales cuentan con firmeza y ante este incierto panorama jurídico y presupuestal, es prioritario tener claridad sobre la legalidad del concurso para evitar situaciones jurídicas que impliquen el presunto detrimento de derechos de los participantes de la convocatoria”*.

12. Propuso, además, la excepción de *“inexistencia de la obligación por parte de mi representada de las pretensiones de la demanda”*, tras considerar que no se está vulnerando ningún derecho por parte del DANE toda vez que los procesos de concurso son adelantados por la CNSC atendiendo los lineamientos establecidos en la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y demás normativa que reglamenta los concursos abiertos de mérito.

13. Señaló que a la Entidad que representa le corresponde acoger los lineamientos establecidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil quien es la autoridad competente de conformidad con la Constitución Política para adelantar los concursos abiertos de mérito para proveer empleos públicos.

14. Concluyó afirmando que conforme con lo dicho, los actos administrativos contenidos en los Acuerdos 534, 553 y 554 de 2015, mediante “el cual se convoca a concurso público de méritos unos empleos del sistema de carrera administrativa” del DANE, fueron proferidos exclusivamente por la CNSC, en la cual no tiene injerencia la Entidad que apodera, ni conforme con las disposiciones legales sobre la materia podría tenerla, toda vez que como se dijo no resulta ser la competente para ello.

LA AUDIENCIA INICIAL

15. Tal como fue convocada mediante Auto del nueve (9) de marzo de dos mil dieciocho (2018), el dieciséis (16) de abril del mismo año se llevó a cabo la audiencia pública prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

16. Habiendo comparecido la demandante y su abogado, así como la representante de la CNSC, y contando con la presencia del doctor Virgilio Almanza Ocampo, Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, el Magistrado ponente dejó constancia de la no participación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ni de la representante del DANE, quien se incorporó más tarde a la diligencia. Acto seguido, se procedió a determinar la inexistencia de vicios o irregularidades que afecten el proceso, como a decidir respecto de la proposición de excepciones previas, las cuales por enervar el fondo del asunto serán resueltas junto con éste.

17. Las partes que posteriormente fueron escuchadas, reiteraron los argumentos presentados con ocasión de la contestación de la demanda, así como su oposición a las suplicas de la misma. Seguidamente, se procedió a la fijación del litigio, determinándose el problema jurídico que será precisado más adelante; se estableció la imposibilidad de conciliación por la naturaleza de la materia tratada, se señaló respecto de la solicitud de medidas cautelares que se accede a la respectiva solicitud, razón por la cual se dispuso suspender de manera provisional los Acuerdos demandados, decisión contra la cual tanto la representante de la CNSC como la del DANE interpusieron el correspondiente recurso de súplica.

18. Posteriormente, se dispuso tener como pruebas las allegadas al expediente y respecto de las solicitadas como tales, se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas.

19. La respectiva audiencia de pruebas se adelantó el nueve (9) de julio de 2018, incorporándose al expediente las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas de oficio. Inmediatamente se puso a disposición de las partes las

pruebas incorporadas. Finalmente se ordenó cerrar la etapa probatoria y correr el traslado para alegar de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante

20. Luego de realizar un recuento normativo de las disposiciones que considera infringidas con la expedición de los acuerdos demandados, el vocero de la demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

21. Afirmó que con la expedición de los actos administrativos demandados no se garantizó la efectividad de los principios, derechos y deberes del Estado, de manera que la CNSC los emanó de forma unilateral y extralimitando sus funciones, puesto que desconoció que el DANE debió concurrir bilateralmente a la producción de los mismos.

22. Consideró que el debido proceso no se observó a plenitud por cuanto que los actos administrativos requerían de las dos firmas, de suerte que ni el DANE ni la CNSC coordinaron sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, al no realizar el trámite para que en los actos acusados concurrieran las firmas de sus representantes tal como lo prevé el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

23. Concluyó sus alegaciones precisando que los argumentos expuestos por la entidad demandada y el DANE, *“no debe(n) ser tenido(s) en cuenta para desestimar las pretensiones, porque Colombia es un Estado Social de Derecho y por tanto todas las actuaciones de las autoridades deben ceñirse a los postulados jurídicos que las gobiernan y para el caso en concreto, es el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 el que ordena que para la convocatoria se requiere la doble firma y eso es el objeto de la discusión jurídica y como se incumplió este*

postulado normativo, por tanto, es dable acceder a las pretensiones". (Folios 353 a 355).

La parte demandada

La Comisión Nacional del Servicio Civil.

24. La apoderada de la CNSC consideró enfáticamente que los argumentos expuestos por la parte demandante desconocen la naturaleza constitucional de la Entidad que representa, los principios y las etapas que rigen el proceso de selección o concurso público de méritos.

25. Precisó que la discusión que se plantea en la demanda presenta una "tensión" entre el principio de legalidad y el de mérito, los cuales en todos los casos se encuentran plenamente garantizados a lo largo del proceso de selección adelantado en el marco de la Convocatoria 326 de 2015- DANE, puesto que el propósito principal de llamar a concurso público de méritos es el de garantizar los fines del Estado, entre otros, de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los postulados constitucionales, por cuanto que este resulta ser el medio idóneo ahí señalado para acceder a cargos públicos y gozar de las prerrogativas de la carrera administrativa en igualdad de condiciones.

26. A manera de epílogo aseveró que *"tanta es la expectativa en torno a un proceso de selección que la hoy demandante de manera libre decidió participar en igualdad de condiciones en el concurso que se censura (...) no obstante no superó las pruebas básicas y funcionales como quiera que obtuvo un resultado de 51.89 sobre un puntaje mínimo aprobatorio exigido de 60 puntos, y por tanto fue excluida del proceso de selección tal como lo señala los artículos 32 y 33 del Acuerdo 534 de 2016. Luego de su exclusión consideró demandar el Acuerdo 534 de 2015 que regula la pluricitada convocatoria, pese a haber aceptado las reglas y condiciones del proceso de selección sobre el cual tuvo la expectativa para acceder en franquía a un cargo público"*.

27. Finalmente concluyó que *“debe tenerse en cuenta que limitar el que hacer de la CNSC a la interpretación exegética de una norma limita la óptima eficacia del principio del mérito. Luego, los actos administrativos censurados no se encuentran incursos en ninguna causal de nulidad prevista en el artículo 137 del CPAC ni mucho menos se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, por tanto se solicita al respetado despacho negar las pretensiones de la demanda”*. (Sic) (Folios 356 a 359).

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística

28. La representante del DANE solicitó “despachar desfavorablemente todas y cada una de las pretensiones de la demanda” por considerar que los fundamentos que se enarbolaron para atacar la legalidad de los actos no están llamados a prosperar, por cuanto no es posible considerar que una falencia formal o adjetiva, como lo es la ausencia de una firma, pueda tener tanto peso o fuerza legal como para provocar su anulación, sumado al hecho que la finalidad y objeto por ellos perseguido ya fue cumplido, contando para su ejecución con la aquiescencia y cooperación de las dos entidades involucradas.

29. Afirmó que tanto el DANE como la CNSC concurrieron en sus voluntades, dentro del ámbito de sus competencias, para la realización del concurso de mérito, lo cual es evidente en tanto cada una de estas entidades atendió las cargas administrativas que su desarrollo les impuso. Es así como el DANE emprendió y ejecutó a cabalidad todas las actividades y gestiones que como entidad oferente de los cargos le correspondía, desde la preparación de la Oferta Pública de empleos, pasando por la aplicación de las listas de elegibles que emitió y declaró en firme la CNSC, la realización de los nombramientos de los postulados ganadores de cada cargo y su posesión, y en general todas las actividades que implicaron la apertura, el desarrollo y la ejecución de la Convocatoria. (Folios 361 a 362)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

30. El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado se abstuvo de presentar concepto.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

31. La Sección es competente para conocer, en única instancia, de la presente demanda de nulidad contra los acuerdos números 534 del 10 de febrero de 2015, 553 del 3 de septiembre de 2015 y 554 del 5 de septiembre de 2015 expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme con el artículo 149 numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

32. Esta Sección abordará el estudio de este caso en aras de lograr una postura mayoritaria por parte de sus integrantes en torno al problema jurídico que nos concita, en la medida en que la *ratio decidendi* de esta providencia permitirá dar certidumbre jurídica respecto de la solución de un número importante de procesos que comparten identidad de supuestos fácticos y jurídicos con el acá expuesto.

PROBLEMA JURÍDICO

33. Tal como se señaló anteriormente, el problema jurídico a resolver se fijó en la audiencia inicial llevada a cabo el dieciséis (16) de abril de dos mil dieciocho (2018), de la siguiente manera:

34. El problema jurídico por resolver se contraen a establecer:

(i) Si por el hecho de encontrarse el Acuerdo 534 del 10 de febrero de 2015 (Convocatoria 326 de 2015), suscrito (firmado) por el Presidente (e) de la Comisión Nacional del Servicio Civil y no por el Director del DANE, se vulneran los artículos 2, 6, 29 y 209 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y por tanto, se debe declarar su nulidad y consecuentemente la de los Acuerdos 553 del 3 de septiembre del mismo año.

(ii) Si como consecuencia de la nulidad de estos acuerdos se considera que el presidente de la CNSC se extralimitó en el ejercicio de sus funciones.

35. Para resolver los problemas jurídicos propuestos, la Sala considera prudente formular dos preguntas guías que permitan un mejor desarrollo metodológico y facilite la comprensión argumentativa de la respuesta contentiva de esta providencia.

35. En ese sentido, la Sección se preguntó lo siguiente:

a) *¿Requería el Acuerdo número 534 de 2015, expedido por la CNSC, como presupuesto para su existencia el haber sido firmado tanto por el Presidente de la CNSC como por el Director del DANE?*

b) De constituirse como requisito para la existencia del acto administrativo la concurrencia de las dos firmas de las entidades mencionadas, la no presencia de la firma en el Acuerdo de convocatoria por parte del organismo beneficiario del concurso, *¿Es un requisito insubsanable? Y por tanto, ¿Vicia de nulidad el respectivo acto?*

36. Para dar respuesta a los interrogantes planteados y de esta manera solventar el problema jurídico determinado, el estudio del asunto subjudice abordará los siguientes aspectos: (i) Los presupuestos de Existencia y Validez de los actos administrativos; (ii) Las competencias y el Ente Rector de los concursos públicos de méritos; y (iii) El caso concreto.

Presupuestos de existencia y validez de los actos administrativo

37. Doctrinariamente se ha considerado que el acto administrativo tiene como elementos esenciales los de existencia, que han sido ubicados en el órgano y su contenido; los de validez, que son relativos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento, y la eficacia u oponibilidad, sumergidas en las ritualidades para hacerlo eficaz y capaz de producir efectos jurídicos.

38. Al referirnos a la validez de un acto administrativo, se hace alusión a la conformidad que este tiene con el ordenamiento jurídico, consecuencia del respeto a la legalidad o del sometimiento a las exigencias del derecho vigente, o en otras palabras, se refiere al valor que tiene el acto administrativo cuando quiera que es confrontado con los preceptos legales, los cuales generan acatamiento por parte de los administrados en la medida en que rigen las relaciones entre ellos y el Estado¹.

39. En lo que respecta a la existencia del Acto Administrativo, la Corte Constitucional ha considerado que está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. De forma que, el Acto Administrativo existe desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del Acto Administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada a su publicación o notificación².

40. De lo anterior, se deduce que la existencia del acto está aparejada a un requisito de tiempo, de forma y de efectos. Y es, en este último requisito donde la Corte Constitucional hace recaer la sinonimia de los efectos que produce la existencia a la consideración de ser un acto eficaz, vale decir, que el acto existente es eficaz y vigente si se ha cumplido con la publicación (en el caso de los actos generales) o se ha cumplido con la notificación (si es acto subjetivo).

¹ Carlos Ariel Sánchez Flores. *Acto Administrativo. Teoría General*. Editorial Legis. 2004. Pág. 98.

² Corte Constitucional. *Sentencia C-069 de 1995*. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Para Berrocal, "...Con el concepto de elementos de existencia del acto administrativo se entra en el aspecto del ser (ontológico o fenomenológico) del acto administrativo, o sea, en los supuestos subjetivos y objetivos necesarios para que adquiriera realidad o expresión concreta, esto es, para que un acto administrativo aparezca en la vida real, en el mundo objetivo, para que nazca como situación tangible, perceptible y observable (como la resolución X, el acuerdo municipal Y, la ordenanza Z, etc.)...³".

41. Los requisitos de existencia del Acto Administrativo, conlleva entonces la aparición de elementos subjetivos como objetivos, de tal manera que para que nazca el acto como tal se necesita de un órgano que lo profiera, una declaración de ese sujeto, un objeto sobre el cual recae tal declaración, un motivo por el cual se realiza, la forma que ella tiene y la finalidad que persigue, lo cual, de observarse, resultarían ser comunes a todos los actos jurídicos estatales.

42. En ese sentido, es un criterio uniformemente aceptado en el derecho administrativo que para la validez del acto se tienen como requisitos que haya sido expedido por autoridad competente, de conformidad con la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente, que su expedición sea regular y que se observen los motivos y los fines desde el punto de vista de su licitud.

43. Por su parte, para que el acto administrativo se repunte como existente se requiere de un órgano que lo profiera, de la declaración de voluntad, de que se precise el objeto o contenido del acto, del respeto por las formas y la observancia de los motivos y sus fines.

44. Para efectos de resolver el caso *sub examine*, tal como se abordará más adelante, resulta preciso recabar sobre tres de los elementos que permiten configurar la existencia del acto administrativo como son a saber: el órgano, la voluntad y la forma.

³ Luis Enrique Berrocal. *Manual del Acto Administrativo*. Librería Ediciones del Profesional. Abril. 2009. Pág.82

45. Es así como *el órgano*, entendido como el ente creador del acto, esto es la entidad estatal que investida de la función administrativa y en ejercicio de sus competencias, emite una manifestación de *voluntad* consciente, intelectual e intencional, que ajustada a las normas legales y teniendo en cuenta las razones de hecho y de derecho que la determinan, produce efectos jurídicos.

46. Esta manifestación de voluntad de la administración, que cumple con un fin inmediato, se reviste bajo una *forma*, la cual le permite cumplir con los requisitos y el modo de exteriorizar el acto administrativo; de manera que las formalidades han sido clasificadas en sustanciales y meramente accidentales.

47. Las formalidades sustanciales son aquellas que de estructurarse vician el acto administrativo, tales como el preámbulo, el contenido, los argumentos o razones, la motivación, la parte dispositiva y los recursos procedentes. *Contrario sensu*, las formalidades accidentales no tienen poder suficiente para perturbar la legalidad del acto, *verbigracia* requisitos como fecha, encabezamiento, denominación y firma.

48. El Consejo de Estado en Sentencia del 25 de mayo de 1968, con ponencia del Magistrado *Alfonso Meluk*, retomó la concepción francesa de las omisiones insignificantes para elaborar la doctrina jurisprudencial según la cual no toda omisión de las formalidades tiene la virtualidad de generar nulidad de un acto administrativo. En ese momento se consideró:

“(...) *Puede distinguirse entre las formas sustanciales y las accidentales, los tribunales deben examinar cada caso, con base en que tan sólo en las que constituyan una verdadera garantía y, por ende,*

*un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad (...)*⁴.

49. En este mismo sentido, esta Corporación en Sentencia del 15 de mayo de 1991, con ponencia del Doctor *Libardo Rodríguez*, precisó lo siguiente:

*“(...) A pesar de que la calificación es difícil y depende de cada caso, el criterio aplicable principalmente es el de la influencia que la omisión de la formalidad o procedimiento ha podido tener sobre la decisión, es decir que serán formalidades o procedimientos sustanciales aquellos cuya omisión implica que la decisión será diferente a la tomada. (...)”*⁵.

50. Para concluir este acápite y siguiendo a *Santofimio*, respecto de las formalidades o procedimientos administrativos la doctrina ha enfatizado sobre su carácter “de no estrictamente rituado”, en contradicción con los procedimientos típicamente jurisdiccionales. De forma que, “el procedimiento administrativo es flexible; indica al funcionario que lo impulsa que simplemente garantice los extremos del debido proceso, sin exigir etapas o períodos predeterminados en materia probatoria ni formalidades excesivas”⁶.

El Ente Rector de los concursos públicos de méritos y sus competencias.

51. Como lo ha dicho esta Corporación en reiterada jurisprudencia, como en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 19 de agosto de 2016, radicado 2016-00128-00 (2307) con ponencia del doctor *Germán Alberto Bula Escobar*; la Constitución de 1991 le dio al concurso público de méritos el carácter de ser el mecanismo principal y preferente para la vinculación al Estado de los Servidores públicos, y asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil las

⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 1968. M.P. Alfonso Meluk.

⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 15 de mayo de 1991. Expediente 190. M.P. Dr. Libardo Rodríguez.

⁶ *Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez. 4ª Edición, tomo II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003 Pp. 124.*

funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos, cuando al tenor del artículo 130 dispuso: *“Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los Servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”*.

52. En efecto, el Constituyente creó un órgano autónomo e independiente encargado de la función concreta y específica de administrar y vigilar los regímenes de carrera, con el fin de que “el sistema de concurso de méritos para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, se lleve a cabo de manera transparente, idónea e imparcial, conforme con los postulados constitucionales y legales que regulan la materia”. De manera que, el artículo 130 superior se encamina a “asegurar que los procesos de selección de personal se adelanten sin presiones de ninguna clase y lejos de los intereses políticos o burocráticos”.⁷

53. La Corte Constitucional ha sido especialmente insistente en afirmar y prevenir que el propósito de la implementación de un sistema de carrera por concurso de méritos y de asignarle su administración y vigilancia a un órgano distinto al de las entidades públicas que se beneficiarían de dicha provisión de cargos, radica en “aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo) materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder Público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores”⁸.

54. Ha sido tal el compromiso del Tribunal Constitucional por preservar el principio del mérito en la asignación de cargos públicos y proteger la autonomía e independencia de la CNSC que en no pocas ocasiones ha declarado la inconstitucionalidad de diversas leyes en las que se ha pretendido trasladar total o parcialmente sus funciones a las propias entidades que van a proveer sus cargos.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-471 de 2013. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

⁸ Op.Cit. Sentencia C-471 de 2013, y Corte Constitucional, Sentencia C-1230 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

55. En tales oportunidades, la Corte ha sido contundente al aseverar que las funciones asignadas a la CNSC para administrar y vigilar las carreras constituye un imperativo constitucional de carácter indivisible, en el sentido de que tales atribuciones “no pueden compartirse con otros órganos ni ser separadas o disgregadas a instancia del legislador”⁹.

56. Ahora bien, aunque como se ha dicho las funciones que ejerce la CNSC en relación con la carrera administrativa son autónomas e independientes y por tanto desprovistas de la injerencia de otras entidades administrativas, lo cierto es que su actividad también está regida por los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, lo que conlleva a que, entre otros aspectos, tenga el deber de coordinar sus acciones con las demás entidades con las cuales se interrelaciona para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado¹⁰.

57. Tales funciones constitucionales, se encuentran desarrolladas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, que constituye “el parámetro legal expedido en democracia, para determinar y precisar qué se ha de entender por la competencia de administrar un sistema de carrera administrativa bajo el orden constitucional vigente”.¹¹ En ese sentido dicha disposición consagra:

“(…) ARTÍCULO 11. FUNCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL RELACIONADAS CON LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-476 de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰ “La demandante parte de una premisa errada al considerar que la Comisión Nacional del Servicio Civil es un órgano o un tribunal jurisdiccional, pues, como se ha explicado, el constituyente la creó y la hizo responsable de la administración de la carrera administrativa. Por esta razón, sus funciones son netamente administrativas y, por lo tanto, a ella le son aplicables los principios teleológicos y organizacionales previstos en el artículo 209 de la Carta Política”. Corte Constitucional. Sentencia C-1265 de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹ Op.Cit. Corte Constitucional. Sentencia C-471 de 2013.

a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;

b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;

c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento; (...)

i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin; (...) (Subrayado y cursiva ajenas al texto original)

58. En consonancia con el literal i) del artículo 11 citado, el artículo 30 de la Ley 909 de 2004 regula la competencia de la CNSC para llevar a cabo los concursos públicos de méritos, precisando que a dicha Entidad le corresponde “adelantar” “los concursos o procesos de selección”, mediante contratos o convenios interadministrativos suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas para tal fin, y que los costos que ello genere estarán a cargo de las entidades que requieran la provisión de los cargos.

59. En síntesis, la CNSC en relación con la convocatoria de los concursos públicos de méritos tiene de manera precisa y privativa las siguientes atribuciones: (i) fijar los lineamientos generales con los que se desarrollarán los procesos de selección; (ii) acreditar a las entidades que podrán realizar procesos de selección; (iii) elaborar las convocatorias a concurso; (iv) realizar y adelantar los procesos de

selección para el ingreso al empleo público, y (v) determinar los costos de los concursos¹².

El Caso Concreto

60. Procede la Sala a resolver respecto de los cargos formulados en el líbelo, a partir del cual se acusa la nulidad de los acuerdos números 534 del 10 de febrero de 2015, 553 del 3 de septiembre de 2015 y 554 del 5 de septiembre de 2015 expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto se considera que fueron expedidos de forma irregular y vulnerando disposiciones normativas en las que deberían fundarse; en la medida en que el acto de convocatoria al concurso público de méritos para proveer cargos en el DANE solo fue firmado por el Presidente de la CNSC y no por el Director de la entidad oferente, contraviniendo lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

61. Para efectos de dar respuesta el problema jurídico primigeniamente determinado al siguiente tenor: *¿Vulnera el Acuerdo 534 de 2015 el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, por el hecho de encontrarse firmado solamente por el Presidente de la CNSC?*, se hace necesario dilucidar preliminarmente el alcance normativo del numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, para posteriormente poder analizar su aplicación al caso concreto.

62. *Ab Initio* es importante precisar que el eje central de la litis que acá se discute parte de desentrañar el alcance normativo de la disposición contenida en el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. *El proceso de selección comprende:*

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la

¹² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de agosto de 2016. Rad. 2307. M.P. Dr. Germán Alberto Bula Escobar.

administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes". (...) (Subrayado y cursiva ajenas al texto original)

63. Conforme con el texto transcrito, no ofrece duda alguna que se establece a manera de norma imperativa el que para efectos de lograr realizar la convocatoria del concurso de méritos, deben concurrir tanto la CNSC como la entidad u organismo, beneficiario de la provisión de los empleos, en su suscripción.

64. Ahora bien, el hecho de que se aluda a que la convocatoria "*deberá ser suscrita*" tanto por la CNSC como por la entidad beneficiaria del respectivo proceso de selección, pareciera sugerir que se requiere la participación de las dos voluntades para la expedición de la convocatoria al concurso, lo que podría asemejarse al hecho de que el acto administrativo que la contenga debería ser también "suscrito" por ambas entidades participantes.

65. De suerte que acudiendo a su sentido literal, se entiende por suscribir, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a la circunstancia de "*firmar al pie o al final de un escrito*", pero también al "*convenir con el dictamen de alguien*" o al "*obligarse a contribuir con otras al pago de una cantidad para cualquier obra o empresa*"¹³. En similar Sentido, *Cabanellas* define la expresión "suscribir" como "*firmar al final un escrito o documento. Coincidir con ajena opinión; apoyarla. Acceder a petición o solicitud*"¹⁴.

66. En ese sentido, es importante precisar que para la emanación de todo acto administrativo constitutivo de la Convocatoria al proceso de selección o concurso, se siguen una serie de pasos previos y acciones preparatorias que constituyen el *iter* administrativo de construcción de este acto que tiene por finalidad regular el concurso, publicitar la existencia de cargos vacantes susceptibles de ser proveídos, invitar a los ciudadanos a participar del mismo y obligar a la administración, como a las entidades y particulares en él intervinientes.

¹³ D.R.A.E. Vigésima Segunda Edición. 2001. Pp. 2114.

¹⁴ *Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Ed. Heliasta. S.R.L. Undécima edición. 1993. Disponible en <http://es.slideshare.net>*

67. Al ser la CNSC el ente rector de la carrera administrativa y la encargada de la administración, guarda y vigilancia de los procesos de concurso públicos de méritos, como claramente se establece a partir de los artículos 130 de la Constitución política, 11 y 30 de la Ley 909 de 2004; se constituye en la única autoridad con capacidad jurídica, autonomía y competencia administrativa para dictar reglas y regulaciones en la materia que ostenten el carácter de vinculantes, tanto para la entidad beneficiaria de la provisión de empleos, las instituciones, universidades contratadas para la realización del concurso y los participantes. Por ende, en el *iter* de construcción del acto administrativo contentivo de la convocatoria a concurso es la CNSC la que se constituye como el órgano dotado de potestad para darle existencia a dicha manifestación de voluntad.

68. En efecto, la CNSC es el organismo que por mandato constitucional posee la capacidad suficiente para ordenar y organizar la carrera administrativa, de manera excluyente y exclusiva, actuando como autoridad pública, lo que a decir de la Corte Constitucional en Sentencia C-471 de 2013, se traduce en que en ella concurren los siguientes aspectos fundamentales:

“(...) la autoridad, sin la cual, na se puede ordenar, exigir ni imponer; la responsabilidad, para que no se trate de un poder arbitrario; la independencia, que le permite, además de ejecutar, disponer y organizar. La generalidad y neutralidad de las reglas y principios que la rigen; la permanencia, por la naturaleza de sus fines y la capacidad de acción, basada en los medios de los que disponen aquellas personas que, por sus méritos, han sido designadas para ejercer la administración pública (...)” (Cursiva y subrayado ajenos al texto original)

69. Por su parte, la entidad beneficiaria del concurso, participa del *iter* o camino para la producción de la convocatoria, llevando a cabo actividades que se enmarcan propiamente en el ámbito de la cooperación interinstitucional para el buen y correcto cumplimiento de los fines del Estado; de manera que la entrega del estudio de las cargas de personal, listado de vacantes, la emisión del

certificado de disponibilidad y registro presupuestal, se constituyen en acciones de planeación y concertación en el marco de los principios de la función pública, que se erigen en manifestación inequívoca de su voluntad concurrente para la suscripción del acto administrativo que incorpora la convocatoria a concurso.

70. En efecto, las acciones previas a la convocatoria adelantadas por la entidad beneficiaria del concurso, en este caso el DANE, fueron necesarias para desarrollar lazos de cooperación y acciones de coordinación dirigidas a constituir una convocatoria exitosa en términos de los fines señalados por la Constitución y la Ley, por lo que los actos que desplegara dirigidos a la preparación del concurso, son a su vez manifestaciones expresas de voluntad encaminadas a denotar su participación activa en la construcción del proceso que derivara posteriormente en la suscripción del acto de llamamiento al concurso público de méritos.

71. Es así como aparece documentado en el expediente que el DANE, a través de su director y representante legal, el doctor Mauricio Perfetti del Corral, informó a la CNSC mediante oficio No. 20141000125711 calendado 28 de noviembre de 2014, que la entidad que representaba contaba con seis mil millones de pesos, del presupuesto de funcionamiento de la vigencia 2014, para cubrir los gastos que generaría la convocatoria pública de empleos de carrera administrativa.

72. También se dispuso en el anteproyecto de presupuesto de funcionamiento de la vigencia fiscal de 2015, a través de la oficina de planeación del DANE, una partida de gastos de personal por valor de 77.169.600.834. De la misma manera se desplegaron actuaciones para incorporar una partida presupuestal que atendiera este rubro del gasto en el anteproyecto de presupuesto de la vigencia fiscal de 2016.

73. Por consiguiente, tanto las acciones encaminadas a la introducción de las partidas presupuestales, como la consecuente expedición de los certificados de disponibilidad y registro presupuestal destinados a sustentar económicamente el proceso de convocatoria pública, se constituyen en actos propios de la ordenación del gasto que además son preparatorios del proceso mismo, y que por tanto, no

pueden ser traídos a colación como argumentos para justificar por sí mismo una interpretación que privilegie el acto de la convocatoria como el momento único para la concurrencia de las voluntades de las entidades en este involucradas. Como si puede ser tenido en cuenta para demostrar el interés de la organización beneficiada con el concurso en la participación permanente del iter administrativo que para tal finalidad se adelante.

74. En similar sentido, con el propósito de integrarse en el proceso de elaboración de la convocatoria a concurso, el DANE allegó a la CNSC el estado de la oferta de empleos, es decir, el número de empleos provistos de manera definitiva y la relación de las vacantes que podrían ser ofertadas en el concurso abierto de méritos, con el correspondiente manual de funciones y competencias laborales.

75. Asimismo, como lo dice la apoderada del DANE en sus alegatos de conclusión visibles a folios 361 a 362, la entidad que representa *“(...) emprendió y ejecutó a cabalidad todas las actividades y gestiones que como entidad oferente de los cargos le correspondían, desde la preparación de la Oferta Pública de Empleos, pasando por la aplicación de las listas de elegibles que emitió y declaró en firme la CNSC, la realización de los nombramientos de los postulados ganadores en cada cargo y su posesión, y en general todas las actividades que implicaron la apertura, el desarrollo y ejecución de la convocatoria”*.

76. El interés del DANE por construir en conjunto con la CNSC el proceso de provisión de sus empleos de carrera mediante concurso, y concurrir en la suscripción de su convocatoria, quedó además evidenciado en la misiva que su director enviara a los funcionarios y contratistas en ella vinculados, el 2 de mayo de 2017, (folio 121), en la cual se puede leer: *“iniciamos el proceso de la Oferta Pública de Empleos de la Carrera OPEC en 2015, decisión inaplazable en la medida que el 74% de nuestra planta de personal tenía un nombramiento de carácter provisional, y este hecho se constituía en una situación insostenible en cualquier entidad pública, dado que la meritocracia es mandato constitucional. (...) Hemos logrado acordar con la CNSC que este proceso se realice en cuatro fases, cuatro listas, con el fin de mitigar su impacto en la Entidad y en los funcionarios, y para poder llevarlo a cabo de la mejor manera. No vamos a improvisar en ningún sentido. Hemos estado trabajando para poder responder a*

estos cambios con el mayor cuidado y la mayor eficacia posibles, y con el fin de asegurar la continuidad y la calidad de nuestras operaciones en curso. (...)”.

77. Si bien es cierto que la capacidad a la que se hace referencia para proferir el acto administrativo contentivo de la convocatoria a concurso se encuentra radicado *ope legis* en cabeza de la CNSC, por ser la competente para administrar los concursos públicos de méritos, también lo es el que la entidad beneficiaria del concurso debe concurrir en los procesos de planeación y preparación de la convocatoria, asistiendo además en la suscripción final del acto administrativo contentivo de la misma; requisito que se entiende cumplido en la medida en que firme el respectivo documento o ejecute actos inequívocamente dirigidos a participar activa y coordinadamente en la emanación del mismo, como quedara demostrado que ocurriera finalmente con el DANE en el presente asunto.

78. Por consiguiente, para efectos de la construcción misma del proceso de convocatoria a concurso de méritos se hace necesaria la participación activa de la entidad beneficiaria del mismo, como expresión del principio de coordinación a que se refiere el artículo 209 Superior. Por lo que, tratándose de la emanación del acto administrativo que contiene dicha convocatoria, como lo ha dicho la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, tanto la CNSC como la entidad beneficiaria deben “*agotar una etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional por la implicaciones administrativas y presupuestales que ello comporta*”¹⁵, conducente a la suscripción final del acto que la incorpora, lo que como se dijo se puede materializar mediante la emanación que profiera la mencionada Comisión con la concurrente firma de la entidad beneficiaria para formalizar su manifestación de voluntad. No obstante, la ausencia formal de este requisito puede subsanarse, de tal manera que la voluntad de la entidad beneficiaria pueda ser verificada a través de otros medios probatorios encaminados a demostrar su participación e intervención en el *iter* administrativo que culminó con la convocatoria pública, como de hecho ocurriera en el caso estudiado.

¹⁵ *Op. Cit. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de agosto de 2016.*

79. A esta conclusión se debe arribar en la medida en que tanto desde el punto de vista del Derecho Administrativo como Constitucional no ofrece controversia alguna el hecho de sostener que la firma por parte de la entidad beneficiaria del concurso no se erige como requisito *sine qua non* para la existencia y validez del acto administrativo que incorpora la convocatoria a concurso de méritos, por cuanto que no tiene poder suficiente para perturbar su legalidad, siendo por tanto un elemento para ser tenido en cuenta al momento de auscultar su eficacia.

80. Es así como, a la luz del artículo 130 Superior, en observancia de los principios de supremacía de la Constitución, de eficacia normativa y del efecto útil de las normas jurídicas, así como en aras de maximizar y aplicar directamente los principios que rigen el servicio y la función pública fundados en el mérito para el acceso a los cargos públicos; se debe poner de presente que el análisis efectuado por la Sala debe superar el mero examen de legalidad, toda vez que sostenerse en que la ausencia de la firma por parte de la entidad beneficiaria del concurso de méritos del acto administrativo que incorpora la convocatoria conllevaría a su nulidad, cuando quiera que está demostrada su participación activa y concurrente, siendo evidente su manifestación inequívoca de voluntad para asistir en el proceso y su consecuente llamado a concurso; tornaría nugatoria la razón de ser y las funciones de la CNSC como ente rector de la carrera administrativa y órgano encargado de la administración y vigilancia de los procesos de selección y concursos públicos. Tal interpretación llevaría al caos, pues en la práctica se avalaría que la ausencia de una formalidad pueda restarle eficacia al derecho sustancial, y en este caso, contraponerse no solamente a las competencias de la CNSC e incluso paralizar la toma de sus decisiones, sino desconocer flagrantemente el principio de “el mérito” como presupuesto para el acceso a los cargos públicos. Circunstancia que además nos pondría *ad portas* de un estado de cosas inconstitucionales.

81. Conviene también poner de presente que se encuentra vigente el Decreto 4500 de 2005, por medio del cual “se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004”, en cuyo artículo 3, en relación con las fases del proceso de selección o concurso de méritos dispone lo siguiente:

“(...) Artículo 3°. Convocatoria. Consiste en el aviso público proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cada una de las fases, para invitar a todos los ciudadanos interesados en participar en los concursos que se realicen para el ingreso a empleos de carrera administrativa. Para su difusión se acudirá a los medios señalados en el Decreto 1227 de 2005.

Parágrafo 1°. En cualquiera de las fases del proceso, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá dejar sin efecto el concurso, cuando en ella se detecten errores u omisiones que afecten de manera sustancial y grave el desarrollo del proceso de selección.

Parágrafo 2°. Tanto en la fase de preselección como en la específica, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá modificar cualquier aspecto de la convocatoria hasta antes de la fecha de iniciación de inscripciones, o de la escogencia del empleo en la segunda fase o específica. (...)” (Subrayado y cursiva ajenas al texto original)

82. Con fundamento en la disposición transcrita es dable establecer que por vía de reglamentación fue zanjada la duda interpretativa respecto del alcance del vocablo “suscribir” al que se refiere el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909, en la medida en que este no se encuentra incorporado en el texto del Decreto Reglamentario; de manera que se radica exclusivamente en cabeza de la CNSC la potestad de emanar el acto contentivo de la convocatoria a concurso, incluso, se le habilita para que pueda realizar modificaciones a la misma de manera unilateral, aunque este proceso de convocatoria ya hubiere sido iniciado.

83. Por tanto, al contener el artículo 3 del Decreto 4500 de 2005 una regla de derecho aplicable a los procesos de selección o concurso de méritos y especialmente a la fase de su convocatoria, que goza de presunción de legalidad y se mantiene incólume hasta nuestros días, mal haría esta Corporación en aceptar que una falencia formal del acto administrativo que la incorpora pueda ir

en contravía de la voluntad expresada previamente por el DANE, ni mucho menos en desmedro de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que privilegian el principio de “el mérito” como piedra angular para el acceso a los cargos públicos.

84. Ahora bien, es posible considerar satisfechos los requisitos para la eficacia normativa del acto que incorpora la convocatoria al concurso de méritos cuando quiera que se dé cumplimiento a los fines para los cuales fue proferido; pudiendo además manifestar su eficacia por medio de expresiones y actos de voluntad de las entidades que han cooperado y coordinado acciones para su concreción de manera distinta a la de imprimir la firma de sus representantes, puesto que las actividades encaminadas a la construcción de la convocatoria, que constituyen el *iter* de la misma, tales como, preparar la lista de vacantes, disponer del presupuesto requerido, emitir los certificados y registros presupuestales, entre otros, constituyen actos inequívocos de manifestación tendientes a dotar de eficacia el correspondiente acto administrativo.

85. Por consiguiente, el estudio que realiza la Sala no conlleva a recabar en el análisis de la firma del acto administrativo contentivo de la convocatoria a concurso de méritos en términos de requisitos o formalidades accidentales, sino en la necesidad de enfatizar en que la obligación de suscripción concurrente del acto a que se refiere el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 en su inciso primero, connota el compromiso efectivo de las entidades involucradas en el proceso de selección, para que, trabajando coordinadamente, cooperen a efectos de llevarlo a su terminación con observancia de los principios de la administración pública y el cumplimiento de los fines del Estado. Y en la medida en que estos propósitos sean observados, como de hecho ocurre en el caso objeto de este pronunciamiento, se deberá entender por tanto que el acto que incorpora la respectiva convocatoria está dotado de eficacia y por ende, emplazado a producir efectos jurídicos.

III. DECISIÓN

86. Como corolario de lo expuesto esta Corporación encuentra que los cargos presentados en la demanda no están llamados a prosperar como quiera que el

Acuerdo número 534 del 10 de febrero de 2015, emanado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por medio del cual se convocó al concurso de méritos número 326-DANE, para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, no fue expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, ni de manera irregular, toda vez que no riñe con los artículos 2, 6, 29 y 209 de la Constitución Política, ni con el artículo 31 numeral 1 de la Ley 909 de 2004, entendido con el alcance interpretativo que se le da en esta providencia; por el contrario, la Sala arribó a la conclusión que se constituye en fiel desarrollo de estas disposiciones normativas.

87. En ese sentido, esta Sección resalta que cuando la norma contenida en la disposición del numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 se refiere a suscripción de la convocatoria, implica que tanto la CNSC como la entidad beneficiaria deben adelantar ineludiblemente una etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional por las implicaciones administrativas y presupuestales que ello comporta, sin que este proceso de participación e interrelación implique necesariamente que ambas entidades, a través de sus representantes legales, deban concurrir con su firma en el acto administrativo que incorpora la convocatoria al proceso de selección o concurso.

88. Por ende, el Acuerdo número 534 del 10 de febrero de 2015 expedido por la CNSC, mantendrá incólume su presunción de legalidad. Igual suerte correrán los actos administrativos que de él se derivan, acuerdos números 553 del 3 de septiembre de 2015 y 554 del 5 de septiembre de 2015, proferidos por la CNSC, los cuales tienen vocación para continuar produciendo efectos jurídicos.

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

F A L L A

PRIMERO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- LEVANTAR la orden de suspensión provisional sobre el acto acusado decretada mediante auto de audiencia inicial del 16 de abril de 2018 y cumplida mediante providencia del 2 de mayo de 2018.

TERCERO.- DECLARAR infundada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la representante del DANE.

CUARTO.- En firme esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ