

CONCURSO DE MÉRITOS – Inspector de policía / PRONUNCIAMIENTO VERTIDO POR LA ADMINISTRACIÓN EN UNA ACTUACIÓN JUDICIAL - No constituye un acto administrativo demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

[U]n pronunciamiento vertido por la Administración en una actuación judicial no constituye un acto administrativo demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues, se recuerda, solo aquellos en donde emerge claramente la voluntad de la administración en ejercicio de su función administrativa, pueden llegar a configurar actos administrativos, no así los pronunciamientos que en sede judicial efectúe la autoridad. Hechas las anteriores consideraciones, resulta evidente que en el presente asunto no es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Oficio 2010-4670 del 11 de febrero de 2010, por cuanto no constituye un acto administrativo; se trata del escrito por el cual la CNSC dio respuesta a la acción de tutela que instauró en su contra el demandante, la cual se tramitó en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca bajo el radicado 2010-00180 y culminó con sentencia del 18 de febrero de 2010 por la cual se le concedió el amparo al derecho de petición. Por tal razón, respecto de este oficio se configura la excepción de inepta demanda y, por ende, la Sala limitará el examen a los dos restantes, en tanto fueron expedidos en ejercicio de la función administrativa que ostenta la CNSC.

CONCURSO DE MÉRITOS – Inspector de policía / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 – Oferta de empleos vacantes / SECRETARIA DE GOBIERNO- Retiro de 2 cargos de los 8 ofertados de inspector de policía / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 – Protegió a empleado prepensionados / NO UTILIZACIÓN DE LISTA DE ELEGIBLES – El retiro de 2 empleos en la oferta pública se debió a que se encontraban provistos por personal cobijado por el Acto Legislativo y fueron retirados de la oferta pública dentro del término establecido por el Acuerdo 106 de 2009

[P]ara la Sala no es de recibo la postura con la que el actor pretende sacar adelante sus pretensiones, toda vez que la decisión contenida en la sentencia de inexequibilidad fue la de reanudar «(...) los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos...» que fue lo que efectivamente sucedió en tanto los concursos fueron suspendidos respecto de los cargos que estaban cobijados con el Acto Legislativo 01 de 2008 y por ende fueron retirados dichos empleos de la convocatoria 01 de 2005. En tal sentido, la lista de elegibles de la cual predica su derecho para ser nombrado en el empleo 41806 se agotó para los 6 cargos ofertados, sin que sea razonable que ahora deba usarse para los 2 cargos que fueron retirados, pues, se repite, en su momento se dispuso de ellos para proteger a los beneficiarios del Acto Legislativo. (...) Por ello, en virtud de conservar y preservar el derecho a acceso de cargos públicos de aquellos que no se inscribieron a concursos posteriores por la expectativa legítima que les creó el Acto Legislativo respecto a una inscripción ordinaria, se efectuaron otros concursos en los cuales también podía participar el actor y no lo hizo; por ende, fueron declarados desiertos mediante la Resolución 0454 del 22 de febrero de 2013. Y es que atendiendo tal situación, la CNSC emitió con posterioridad a la sentencia C-588 de 2009 varias circulares, entre ellas la 48, la 50, la 52 y la 54, todas del 2009, donde solicitó a las entidades participantes de la Convocatoria 01 de 2005, que para mitigar los efectos de la pluricitada sentencia, informaran los empleos que fueron ofertados y que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008 fueron suspendidos y no continuaron la Segunda Fase, para proceder a su continuación. Por lo anterior,

resulta claro que la lista de elegibles elaborada respecto de los concursos que pudieron seguir desarrollándose pese a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008, no puede utilizarse para proveer aquellos que fueron retirados del concurso en virtud de que estaban siendo ejercidos por personal sujeto de una prerrogativa extraordinaria, y que pese a que esta fue declarada inconstitucional, su efecto jurídico consistía en continuar el concurso para ellos, cosa diferente al caso concreto en que el concurso en el que participó el actor ya había fenecido.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00439-00(1788-12)

Actor: JORGE ENRIQUE HURTADO CALDERÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

La Sala decide en única instancia la demanda que instauró el actor en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1 Pretensiones

El actor demanda la nulidad de las siguientes actuaciones emitidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC:

- Oficio con radicado 2010-4670 del 11 de febrero de 2010
- Oficio con radicado 01-35-2010-5892 del 4 de marzo de 2010
- Oficio con radicado 01-02-2010-15914 del 18 de junio de 2010

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pide que se ordene a la CNSC, dentro de la Convocatoria 001 de 2005, retirar de la oferta pública de empleos (OPEC), los cargos ofertados con el radicado 41806 (2) y 53917 (1) de la aplicación V, hasta tanto se agote respecto de dichos cargos la lista de elegibles contenida en la Resolución 1580 del 21 de diciembre de 2009.

1.1.2. Hechos

Los hechos en los cuales se sustentan las pretensiones se pueden resumir de la siguiente manera:

El demandante se presentó al concurso en la Convocatoria 01 de 2005 en la aplicación III del llamado Grupo III, empleos en el Distrito Capital, para el empleo 41806 denominado «Inspector de Policía Urbano» categoría especial y 1.^a categoría.

En virtud de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2008, la CNSC suspendió el referido concurso y se profirieron varios actos administrativos tendientes a aminorar el impacto de las decisiones en curso que se habían tomado antes de la entrada en vigencia de dicho Acto.

Con posterioridad se profirió la sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró inconstitucional el Acto Legislativo 01 de 2008 y, como consecuencia de ello, elevó un derecho de petición el 13 de diciembre de 2009 donde solicitaba información respecto de la OPEC en la que participó, teniendo en cuenta que estaba próxima a publicarse la lista de elegibles.

La CNSC expidió la Resolución 1580 del 21 de diciembre de 2009, por medio de la cual se elaboró la lista de elegibles para los empleos ofertados en la convocatoria 01 de 2005, entre ellos el empleo para el cual participó, y en donde quedó en el séptimo lugar.

El empleo al cual optó, «inspector de policía», fue ofertado por la Secretaría de Gobierno Distrital en una cantidad de 8 cargos y posteriormente, con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008, se redujo a 6.

La petición que presentó en diciembre de 2009 no le fue respondida, por lo que acudió a una acción de tutela en febrero de 2010 para salvaguardar dicho derecho y además solicitó que se le nombrara en uno de los cargos ofertados por la Secretaría de Gobierno, habida cuenta de su posición dentro de la lista de elegibles.

La entidad en su defensa dentro del trámite de la tutela mencionada, argumentó que la posibilidad de que fuera nombrado en el empleo de inspector de policía con denominación 41806 resultaba desacertada, en cuanto ocupaba el puesto 7 en la lista de elegibles, y los cargos efectivamente ofertados fueron 6. Anunció que los 2 restantes, inicialmente ofertados, iban a ser objeto de nueva convocatoria.

Radicó una petición dirigida a que se ordenara a la Secretaría de Gobierno de Bogotá hacer los nombramientos de los 8 cargos de inspector de policía ofertados agotando la lista de elegibles contenida en la Resolución 1580 de 2009, ante lo cual se le respondió mediante uno de los actos acusados (2010-0582 del 4 de marzo de 2010) que tal *petitum* no podía ser concedido en tanto 2 de los 8 cargos ofertados inicialmente harían parte de otra convocatoria, en razón a los lineamientos trazados por la CNSC en virtud de las decisiones consagradas en el Acto Legislativo 01 de 2008.

Inconforme con la anterior respuesta, presentó nueva petición solicitando información sobre las razones y el funcionario responsable de ofertar los empleos 41806 en dos vacantes y uno con denominación 53917, ambos de inspectores de policía, y por qué no se proveían con la lista de elegibles consagrada en la Resolución 1580 de 2009.

Mediante respuesta del 18 de junio de 2010, la CNSC emitió el otro acto demandado (2010-15914) en el cual manifestó que dentro de las normas que regulan la convocatoria 01 de 2005 se estableció la posibilidad de realizar publicaciones fraccionadas de la OPEC, lo cual implica que las vacantes ofertadas en cada una de las aplicaciones de la Fase II de la mentada convocatoria deben ser previstas con listas de elegibles producto del concurso efectuado para cada una de ellas.

Estima que la CNSC al ofertar de manera posterior 2 cargos que inicialmente fueron incluidos dentro de los 8 y, en razón a la entrada en vigencia del Acto Legislativo

01 de 2008, excluidos de la convocatoria, desconoce lo establecido en la Resolución 1580 de 2009 que consagra la lista de elegibles para proveer los cargos de inspector de policía ofertados por la Secretaría de Gobierno del Distrito ante la CNSC. Agrega que habiendo sido declarado inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008, que dio lugar a la exclusión de 2 de los 8 cargos ofertados inicialmente, se debió utilizar la lista de elegibles para proveer entonces la totalidad de los 8 empleos ofertados y no trasladar los 2 excluidos a otras convocatorias que se realizaron posteriormente.

Por último, manifiesta que la CNSC autorizó en el mes de octubre de 2010, que se utilizara la lista de elegibles contenida en la Resolución 1580 de 2009 para nombrarlo y posesionarlo en el empleo 41806 en periodo de prueba.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Cita como vulnerados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 20, 23, 29, 53, 74, 122, 125, 128 y 209 de la Constitución Política; 24 de la Ley 443 de 1998; 31 de la Ley 909 de 2004; 7, 32 y 33 del Decreto 1227 de 2005; y el Acuerdo 25 de 2008 expedido por la CNSC.

Alega que la entidad demandada no podía ofertar nuevamente dos empleos cuya denominación eran 41806 y uno con denominación 51817, ambos de Inspector de Policía adscritos a la Secretaría de Gobierno de Bogotá, en tanto que si bien estos estaban en suspenso por la expedición del Acto Legislativo 01 de 2008, con su declaratoria de inconstitucionalidad dicha entidad tuvo que incluirlos nuevamente dentro de los efectivamente ofertados y, en consecuencia, proveerlos utilizando la lista de elegibles contenida en la Resolución 1580 de 2009 y no ofertarlos en otra fase o aplicación.

En ese orden, aduce que la entidad demandada con su actuar vulnera los postulados consagrados en las normas invocadas como violadas, en tanto no se le podía excluir de la oportunidad de acceder al empleo de inspector de policía toda vez que ya se encontraba en la lista de elegibles en una posición que le permitía acceder a dicho cargo.

Reitera que el hecho de que 2 de los 8 cargos ofertados hayan sido excluidos en virtud de las disposiciones emitidas por la CNSC por la entrada en vigencia del

Acto Legislativo 01 de 2008, no es óbice para que una vez declarada la inconstitucionalidad de dicho acto, las cosas vuelvan a su estado normal, es decir, incluirlos dentro de los ofertados y consecuentemente proveerlos con la lista de elegibles destinada para ello, en la cual ocupó el 7.º lugar.

1.2. La contestación de la demanda

El apoderado de la **Comisión Nacional del Servicio Civil** dio contestación a la demanda¹ manifestando que en la convocatoria 01 de 2005 no se quebrantaron las disposiciones que el actor invoca como violadas.

Luego de explicar el fundamento de la Convocatoria 01 de 2005, pasa a exponer la forma en que se desarrolló dicho concurso, advirtiendo que este surgió para proveer las vacantes definitivas que para la fecha se encontraran provistas, en encargo o en provisionalidad, en las entidades a las que le era aplicable la Ley 909 de 2004.

Así, expone que el concurso se efectuó por etapas y que cada una de ellas correspondió a un proceso de selección autónomo e independiente, motivo por el cual aunque se trate de un empleo del mismo número OPEC, si fue ofertado en etapas diferentes, debía seguir su curso.

Indica que en desarrollo de la Convocatoria 001 de 2005 y en atención a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008, se suspendieron los concursos respecto de aquellos empleos ofertados que tuvieran personal nombrado en provisionalidad en las condiciones anotadas en el referido Acto.

Señala que para dar celeridad a los procesos de selección citados a través de la Convocatoria 01 de 2005 se profirieron varios actos administrativos, como el Acuerdo 106 del 22 de julio de 2009, que fijaba los lineamientos para desarrollar la segunda fase de la aplicación de pruebas específicas de dicha convocatoria.

Adicionalmente se tomaron medidas como excluir de las ofertas los empleos que venían siendo ocupados por las personas protegidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que en el caso concreto en el proceso de selección para proveer el empleo 41806 de inspector de policía se excluyeron 2 de los 8 empleos

¹ Folios 312 a 326

inicialmente ofertados, en tanto aquellos venían siendo desempeñados por personas con tal condición.

Explica que otras medidas fueron tomadas voluntariamente por las personas que pese a haberse inscrito en la Convocatoria 01 de 2005, fueron cobijadas posteriormente por el Acto Legislativo 01 de 2008 y, por ende, desistieron de seguir en el mentado concurso, con una expectativa legítima de su inscripción extraordinaria en el registro de carrera administrativa.

Destaca que una vez proferida la sentencia C-588 de 2009, que declaró inexecutable dicho acto legislativo, la CNSC se vio en la obligación de ofertar los cargos que habían sido retirados y permitir la participación de aquellos que tenían a cuesta la expectativa de una inscripción extraordinaria.

Por ello, concluye, no le es permitido utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución 1580 de 2009 para proveer unos cargos que en virtud de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 estaba destinada a proveer solo 6 cargos, en tanto que los otros 2 debieron ser excluidos por estar siendo ocupados por personal cobijado por este.

1.3. Alegatos de conclusión

La parte demandante al descorrer el traslado reiteró los argumentos de la demanda². Por su parte, la entidad demandada guardó silencio.

1.4. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda³.

Considera que al demandante no le asiste razón en sus pretensiones, dado que si bien estaba incluido en la lista de elegibles de la Convocatoria 01 de 2005, solo se ofertaron en últimas 6 cargos de inspectores de policía urbano y como quiera que ocupó el 7.º lugar en dicha lista, no era viable su nombramiento en periodo de prueba.

² Folios 274 a 278

³ Folios 280 a 285

Explica que los otros dos cargos inicialmente ofertados debieron ser excluidos de la convocatoria para efectos de salvaguardar los derechos de aquellos que pretendían ser inscritos de manera extraordinaria, siendo además errónea la interpretación del actor en el sentido de que al haberse retrotraído las actuaciones de la Convocatoria 01 de 2005 en virtud de la orden emitida por la sentencia C-588 de 2009, debió entonces utilizarse la lista para los cargos ofertados, inclusive los excluidos, toda vez que esta no se encontraba vigente.

En cuanto a la otra pretensión, consistente en utilizar la lista de elegibles para proveer otro empleo de igual o similar característica como lo es el de Inspector de Policía pero ofertado bajo la denominación 53917, estima que no es posible acceder a dicha solicitud debido a que su inscripción recayó sobre los empleos ofertados en una aplicación⁴ diferente a aquella en la que se ofertó el empleo con denominación 53917.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

Teniendo en cuenta lo esbozado por el actor en el libelo introductorio y las pretensiones allí consignadas, el asunto a dilucidar se centra en establecer si los actos administrativos demandados son ilegales, en cuanto presuntamente le cercenaron el derecho a ser nombrado en el empleo de Inspector de Policía 41806 ofertado en la Convocatoria 01 de 2005.

Para ello, se deben analizar las siguientes situaciones que rodean el asunto *sub examine*: i) la viabilidad jurídica de retirar 2 de los 8 empleos de Inspector de Policía inicialmente ofertados bajo la denominación 41806, por la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y ii) si con los efectos jurídicos de la sentencia C-588/09, que declaró inconstitucional el Acto Legislativo 01 de 2008, era viable la utilización de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor para proveer los cargos inicialmente ofertados.

2.1.1. Cuestión previa. De la naturaleza del oficio 2010-4670 del 11 de febrero de 2010.

⁴ Aplicación III.

La parte actora estima que dicho pronunciamiento constituye un acto susceptible de ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cuanto le creó una situación particular negativa, toda vez que le indicó que la lista de elegibles solo podía ser utilizada para proveer 6 cargos de Inspector de Policía, con denominación 41806 en tanto los otros dos restantes y que inicialmente fueron ofertados juntos con los 6 antes referidos, debían ser objeto de otra convocatoria.

Recuerda la Sala que el pronunciamiento que acá se estudia y es uno de los demandados, se produjo en virtud del ejercicio del derecho de defensa en una acción judicial como lo fue la contestación de la CNSC ante la acción de tutela impetrada por el actor contra la hoy entidad demandada.

En efecto, y tal como se observa a folio 3A del expediente, el radicado 2010-4670 obedece a una contestación de tutela, mas no a un pronunciamiento de la CNSC en ejercicio de su función administrativa.

Cabe destacar que una de las formas en que se manifiestan las autoridades administrativas, son los actos administrativos, entendiendo por tales aquellas manifestaciones **unilaterales** de voluntad de una autoridad o de particulares en ejercicio de función administrativa, tendientes a producir efectos jurídicos, esto es, encaminados a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, ya sean de carácter subjetivo, particular, o de carácter general u objetivo.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2001, sostuvo lo siguiente:

El acto administrativo definido como **la manifestación de la voluntad** de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Por su parte, esta Corporación ha señalado que:

La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: 'Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, **como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la**

autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman.⁵

La Sección Primera de esta Corporación ha señalado que⁶: «Si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo Colombiano no contiene una definición sobre acto administrativo, la doctrina ha intentado definirlo expresando que se entiende como tal **la manifestación de la voluntad de la Administración, que en cumplimiento de funciones administrativas,** está encaminada a producir efectos jurídicos. (...)» (Negritas de la Sala).

Teniendo en cuenta entonces el contexto de la demanda, se tiene que decir que las acciones contenciosas fueron concebidas con la finalidad de permitir al administrado someter al conocimiento de un juez especializado la discusión sobre la legalidad de las actuaciones **producidas por virtud del ejercicio de la función administrativa,** pretendiendo que estas desaparezcan del ordenamiento jurídico, con el consecuente restablecimiento del derecho que se considera conculcado o la indemnización de perjuicios, si fuere del caso.

En ese orden, ^o

2.1.2. Marco normativo

El artículo 125 superior establece que los concursos de méritos son el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, evalúe el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo.

La finalidad entonces de dichos concursos es que la vacante existente se provea con la mejor opción, es decir, con aquel concursante que haya obtenido el más alto puntaje, parámetro que valora y califica el mérito del aspirante para ser

⁵ Sentencia de 4 de marzo de 2010, Expediente: 2003-00360-01(3875-03), Sección Segunda, Subsección "A", Magistrado ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

⁶ Sentencia de 17 de febrero de 2011. Expediente 2009-00080-01, Magistrado ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

elegido o nombrado.

Para el caso sometido a estudio, es importante indicar que la CNSC, en cumplimiento del artículo 11, literal e) de la Ley 909 de 2004, expidió la Convocatoria 001 de 2005, a través de la cual llamó a concurso abierto de méritos para proveer empleos de carrera administrativa de las entidades y organismos del orden nacional y territorial regidas por la citada ley.

La estructura del proceso se desarrolló en dos fases, así:

Fase I: Prueba Básica General de Preselección.

Fase II o específica: i) Escogencia de empleo de la Oferta Pública de Empleos de Carrera- OPEC, ii) Aplicación de Pruebas Específicas (pruebas de competencias funcionales, de competencias comportamentales y de análisis de antecedentes), iii) Lista de Elegibles y iv) Periodo de Prueba.

Una vez superada la Fase I, los aspirantes podían continuar con la Fase II del proceso de selección.

Durante la vigencia de dicha convocatoria se expidió el Acto Legislativo 01 de 2008, el cual era del siguiente tenor:

Artículo 1. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:

Parágrafo transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción. Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo. La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente Acto Legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.”

Este Acto Legislativo creó entonces un derecho general y abstracto a una inscripción extraordinaria en los sistemas de carrera administrativa, a quienes en el momento de su expedición acreditaran el cumplimiento de los requisitos normativos y fácticos allí previstos.

Fue así que los concursos que se venían adelantando, como el convocado mediante el Acuerdo 01 de 2005 en donde participó el actor al encontrarse en la aplicación III accediendo a la oferta del empleo 41806 de Inspector de Policía de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, se vieron afectados por la aparición del mentado Acto Legislativo, en tanto la orden era suspender los procesos de selección donde se vieran afectados los destinatarios de dicho acto, estos son «(...) los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera».

Conforme a lo anterior, la CNSC procedió a acatar la orden contenida en el Acto Legislativo y para efectos de no entorpecer la totalidad del concurso, prosiguió el proceso de selección frente a aquellos empleos ofertados que no estuvieran siendo ejercidos por el personal que describe el mentado Acto Legislativo, es decir, funcionarios ejerciendo un empleo de carrera en vacancia definitiva bien en calidad de provisionales o de encargados.

Para ello y atendiendo que la Convocatoria 01 de 2005 fue la gran oferta de empleos vacantes definitivamente en las entidades regidas por la Ley 909 de 2004, era menester que la CNSC tuviera claridad respecto de las OPEC que estaban siendo ocupadas por personal en provisionalidad o en encargo, para proceder a su retiro de la convocatoria.

En ese momento, se expidió el Acuerdo 106 de 2009 del 22 de julio de 2009⁷, en donde se estableció la forma en que se haría la oferta del empleo de carrera administrativa y consagró en su artículo 4.^o que la OPEC contendría la

⁷ Folios 251 a 256, «Por el cual se fijan los lineamientos generales para desarrollar la Segunda Fase o de aplicación de pruebas específicas de la Convocatoria 01 de 2005, para la provisión de empleos de carrera administrativa de los niveles profesional y asesor de las entidades a las cuales se les aplica la Ley 909 de 2004 que a la fecha no han sido ofertados».

denominación, código, grado de los empleos, funciones, asignación básica y requisitos, así como el número de cargos a proveer.

De igual manera determinó que dicha información debía ser publicada en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de las entidades para las cuales se realizaba el concurso.

Asimismo dispuso que «Una vez publicada la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC- solo podrán ser retirados empleos de la misma, hasta un día antes de la fecha prevista para el registro al empleo específico salvo que de la misma sea necesario retirar empleos para ser provistos por orden o decisión judicial. **También se podrán retirar empleos de la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC- cuando se trate de empleos provistos con servidores beneficiados del Acto Legislativo 01 de 2008. En este último caso, el retiro del empleo sólo podrá efectuarse antes de la firmeza de la lista de elegibles».** (Destacado fuera del texto original)

En ese orden la CNSC, previendo las consecuencias de la entrada en vigencia del Acto Legislativo impuso en cabeza de las entidades oferentes la obligación de reportar aquellos empleos que debían ser ofertados y atendiendo lo dispuesto en el mentado Acto, consagró la posibilidad de retirar, pese a su publicación, los empleos que pudieran estar siendo provistos por personal beneficiado con este, lo cual podía hacerse hasta antes de la firmeza de la lista de elegibles.

Con posterioridad a las medidas tomadas por la CNSC, en aras de dar cumplimiento al Acto Legislativo 01 de 2005, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-588 de 2009, declaró su inexecutable y, en consecuencia, ordenó la reanudación de los procesos de selección que se hubiesen visto afectados por este.

Esta decisión de la Corte Constitucional produjo unos efectos jurídicos, no sólo para el personal que se vio afectado con la suspensión de los concursos que se adelantaban para ofertar empleos de personal cobijado por el Acto Legislativo, como el actor, a quien se le frustró su posibilidad de ocupar alguno de los 2 empleos de carrera que fueron retirados de la OPEC, sino también de aquellos que teniendo la expectativa legítima hasta el momento de la expedición del acto legislativo de ser inscritos extraordinariamente sin que mediara proceso de

selección alguno, se abstuvieron de seguir participando en el concurso que ofrecía el cargo respecto del cual iban a resultar beneficiados con la citada inscripción extraordinaria.

2.1.3. Análisis de la Sala

Tal como se dijo al inicio de las consideraciones que sustentan esta providencia, el problema jurídico se centra en determinar si era viable jurídicamente retirar 2 de los 8 empleos de inspector de policía inicialmente ofertados bajo la denominación 41806, y si con los efectos jurídicos de la sentencia C-588 de 2009, que declaró inconstitucional el Acto Legislativo 01 de 2008 de cara a los empleos ofertados, era viable la utilización de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor para proveer los cargos inicialmente ofertados.

2.1.3.1. Sobre la viabilidad jurídica de retirar 2 de los 8 empleos de inspector de policía inicialmente ofertados bajo la denominación 41806, por la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Para dilucidar lo anterior, se hace necesario efectuar un análisis del alcance y efecto jurídico que tuvo sobre los concursos de méritos la expedición del Acto Legislativo 01 de 2008.

Atendiendo lo expuesto en el marco normativo que sustenta la decisión que acá se impartirá, se reitera que la CNSC, previendo las consecuencias de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, facultó a las entidades ofertantes para retirar, pese a su publicación, los empleos que pudieran estar siendo provistos por personas que eventualmente pudieran resultar beneficiadas con tal disposición.

Lo anterior significa que la posibilidad de exclusión de cargos previamente ofertados por estar incluidos funcionarios beneficiados del Acto Legislativo 01, **era una potestad establecida en un acto administrativo que no ha sido suspendido ni anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, luego surge el deber legal de mantener su presunción.**

De igual manera, y en cumplimiento del artículo transitorio de la Ley 909 de 2004,

la CNSC emitió varias circulares [007 y 12 de 2005, 19 de 2006 y 33 de 2007⁸] en las que solicitó a los nominadores de las entidades y organismos del orden nacional y territorial información sobre los empleos de carrera que debían someterse a proceso de selección, específicamente su denominación, funciones, requisitos para desempeñarlos, competencias comunes a los empleos públicos y comportamentales. Esa información debía ser reportada a través del aplicativo dispuesto en la página web www.cnsc.gov.co⁹, denominado «Sistema de información de empleos a concurso», la cual podía ser modificada (incluir o retirar un cargo) o actualizada por los jefes de personal de cada entidad.

Así pues, se evidencia con meridiana claridad que el reporte de los empleos en vacancia definitiva que debían ser provistos por concurso de méritos, así como la actualización de la información reportada, o la inclusión de un nuevo cargo o el retiro de uno ya reportado, le correspondía a cada entidad, de manera tal que la Comisión Nacional del Servicio Civil no fue la responsable de que en algunos casos, como el del actor, el número de empleos ofertados hubiera disminuido con ocasión de las situaciones y normativas anteriormente referenciadas.

En virtud de lo indicado, se observa que si bien es cierto que las condiciones planteadas inicialmente en el concurso pudieron variar, en cuanto a la cantidad de cargos ofertados, lo cierto es que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, se tomaron medidas tendientes a proteger a aquellos funcionarios beneficiarios de este, entre cuyas medidas se encuentra el Acuerdo 106 de 2009, que permitía el retiro de algunos empleos ofertados siempre y cuando se cumplieran los propósitos del Acto Legislativo y cuyo reporte se hiciera hasta antes de la firmeza de la lista de elegibles.

En consecuencia, le asiste razón a la CNSC al indicar que la oferta de empleos vacantes definitivamente dependía del reporte que realizara cada entidad. Al respecto, se entiende que si la entidad pública que participó como ofertante en la Convocatoria 001 de 2005 tenía cargos para ser provistos por concurso pero posteriormente y con ocasión de la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005 varió en el sentido de que ya no podía proveer alguno de los ofertados, so pena de desconocer el derecho que en su momento le asistía a quienes iban a ser inscritos extraordinariamente, era razonable que procediera a retirarlos de la OPEC, por lo

⁸ Estas Circulares pueden consultarse en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, www.cnsc.gov.co/esp/normatividad/circulares.php.

⁹ En el link, parte izquierda, «Oferta Pública de Empleos de Carrera-Reporte de empleos públicos».

que bajo este análisis se aclara la viabilidad jurídica para retirar 2 de los 8 empleos inicialmente ofertados.

También debe tenerse en cuenta otra circunstancia que justifica el retiro de cargos de la OPEC, esto es, si estos están ocupados por prepensionados, pues esos empleos serán ofertados cuando se cause el respectivo derecho pensional, según lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009.

Ahora bien, es cierto que dentro del plenario no reposa algún documento que soporte las razones del cambio o modificación de la OPEC para la cual participó el actor, esto es, cuáles fueron las razones por las cuales su oferta pasó de 8 empleos a 6; sin embargo, de acuerdo con lo manifestado en la demanda, es claro que la disminución obedeció al retiro de dos cargos ofertados inicialmente por la Secretaría de Gobierno, atendiendo las circunstancias antes descritas y que tuvieron sustento en el Acuerdo 106 de 22 de julio de 2009, que permitía el retiro de las ofertas en las condiciones anotadas en su artículo 4.

De igual manera se recuerda que le corresponde a la parte interesada probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como *onus probandi, incumbit actori*, que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del otrora Código de Procedimiento Civil; por lo que partiendo de la ausencia de la prueba que pudiera fundamentar una actuación arbitraria de la administración en el caso de retiro de unos empleos de la OPEC y ante el silencio del demandante al respecto, en tanto que sólo se limitó a cuestionar la NO utilización de la lista de elegibles luego de la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 01, es viable definir que el retiro de 2 empleos en la oferta pública en la que participó el actor, se debió a que estos se encontraban provistos por personal cobijado por el Acto Legislativo y fueron retirados de la oferta pública dentro del término establecido por el Acuerdo 106 de 2009. Prueba de ello fue que los nombramientos se efectuaron hasta el concursante que ocupó la plaza sexta en la lista de elegibles contenida en la Resolución 1580 de 2009.

2.1.3.2. De la utilización de la lista de elegibles por los efectos jurídicos de la sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, que declaró inconstitucional el Acto Legislativo 01 de 2008.

Le corresponde ahora a la Sala determinar si era posible utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución 1580 de 2009, que en su artículo 9 enlistó a los aspirantes a proveer el empleo de inspector de policía adscrito a la Secretaría de Gobierno con denominación 41806, por efecto de la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2005.

Tal pretensión la sustenta el actor sobre la premisa de que habiendo tenido efectos retroactivos la sentencia C-588 de 2009, las cosas volvieron a su estado inicial, por lo que debió utilizarse la lista de elegibles para proveer los 8 cargos ofertados del mencionado empleo, incluyendo los 2 que fueron retirados por efectos del Acto Legislativo 01 de 2008.

Para ello es del caso precisar en primera medida que la Resolución 1580 de 2009, por medio de la cual se elaboró la lista de elegibles para proveer las 6 vacantes efectivamente ofertadas en la Convocatoria 01 de 2005 en el empleo con denominación 41806 de la Secretaría de Gobierno Distrital, data del 21 de diciembre de 2009, por lo que se infiere con meridiana claridad que fue expedida con posterioridad a la sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009.

Ahora, para la Sala no es de recibo la postura con la que el actor pretende sacar adelante sus pretensiones, toda vez que la decisión contenida en la sentencia de inexequibilidad fue la de reanudar «(...) los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos...» que fue lo que efectivamente sucedió en tanto los concursos fueron suspendidos respecto de los cargos que estaban cobijados con el Acto Legislativo 01 de 2008 y por ende fueron retirados dichos empleos de la convocatoria 01 de 2005.

En tal sentido, la lista de elegibles de la cual predica su derecho para ser nombrado en el empleo 41806 se agotó para los 6 cargos ofertados, sin que sea razonable que ahora deba usarse para los 2 cargos que fueron retirados, pues, se repite, en su momento se dispuso de ellos para proteger a los beneficiarios del Acto Legislativo.

En cuanto a este último aspecto, en la citada sentencia se dijo:

Consecuente con lo anterior, se ordenará la reanudación de los concursos suspendidos, sin desmedro del derecho que asiste a quienes venían inscritos en las respectivas convocatorias realizadas antes de expedirse el Acto Legislativo de

que aquí se trata, o a quienes en el caso de convocatorias posteriores a su vigencia dejaron de inscribirse, por hacer uso del pretendido derecho a la inscripción extraordinaria.

Por ello, en virtud de conservar y preservar el derecho a acceso de cargos públicos de aquellos que no se inscribieron a concursos posteriores por la expectativa legítima que les creó el Acto Legislativo respecto a una inscripción ordinaria, se efectuaron otros concursos en los cuales también podía participar el actor y no lo hizo; por ende, fueron declarados desiertos mediante la Resolución 0454 del 22 de febrero de 2013.¹⁰

Y es que atendiendo tal situación, la CNSC emitió con posterioridad a la sentencia C-588 de 2009 varias circulares,¹¹ entre ellas la 48, la 50, la 52 y la 54, todas del 2009, donde solicitó a las entidades participantes de la Convocatoria 01 de 2005, que para mitigar los efectos de la pluricitada sentencia, informaran los empleos que fueron ofertados y que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008 fueron suspendidos y no continuaron la Segunda Fase, para proceder a su continuación.

Por lo anterior, resulta claro que la lista de elegibles elaborada respecto de los concursos que pudieron seguir desarrollándose pese a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008, no puede utilizarse para proveer aquellos que fueron retirados del concurso en virtud de que estaban siendo ejercidos por personal sujeto de una prerrogativa extraordinaria, y que pese a que esta fue declarada inconstitucional, su efecto jurídico consistía en continuar el concurso para ellos, cosa diferente al caso concreto en que el concurso en el que participó el actor ya había fenecido.

Por último, y en cuanto a la petición de ser incluido en la lista de elegibles del empleo 53917, inspector de policía urbano categoría especial y 1.^a categoría, tampoco resulta procedente, en tanto que en la Convocatoria 001 de 2005, el actor se inscribió para los cargos de la aplicación III, mientras que el empleo 53917 pertenece a la aplicación V, incurriendo entonces en la prohibición consagrada en el artículo 4 del Acuerdo 21 de 2008, respecto de la inscripción en más de un empleo.

¹⁰ Folios 310 a 311

¹¹ Folios 257 a 264

3. Conclusión

Con base en los anteriores argumentos se concluye que las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar.

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

F A L L A

DECLARAR probada de oficio la excepción de inepta demanda respecto del pronunciamiento emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil con radicado 2010-4670 del 11 de febrero de 2010.

DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS