

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 110010328000 2010-0001-00

Actor: GERARDO NOSSA MONTOYA

Electoral

Procede la Sala a decidir la demanda interpuesta por el señor Gerardo Nossa Montoya en contra del nombramiento del señor Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

I. ANTECEDENTES
1. LA DEMANDA

A. LAS PRETENSIONES

El señor Gerardo Nossa Montoya, en nombre propio, instauró demanda de nulidad electoral en contra del nombramiento del señor Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“1. Se declare la NULIDAD del Decreto 4736 de diciembre 02 de 2009, expedido por el Sr. Presidente de la República, por medio del cual se nombró al Dr. JORGE ALBERTO GARCÍA GARCÍA como Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, para un período de 4 años, el cual inicia el 07 de diciembre de 2009.

2. Se comunique dicha decisión una vez ejecutoriada al Sr. Presidente de la República”.

B. LOS HECHOS

Los hechos del presente caso giran alrededor del nombramiento del señor Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC – por un período de cuatro años.

Relata la parte actora que, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil se conformará mediante concurso de méritos público y abierto, el

cual debe ser realizado en forma alterna por la Universidad Nacional y por la ESAP.

Que la ESAP realizó y publicó en su página web la Convocatoria 001 de 2009 para proveer el cargo de miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, más no publicó dicha convocatoria en el Diario Oficial.

Dice que la ESAP, una vez hecha la referida convocatoria, mediante la expedición del anexo No. 1 titulado “Valoración de Antecedentes”, dispuso en forma irregular la valoración y calificación de estudios y experiencia, otorgando puntos únicamente a quienes sobrepasen los estudios y experiencia mínimos para aspirar al cargo, siempre y cuando tenga relación con las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Que esa decisión implicó cambiar la experiencia profesional inicialmente exigida en la Convocatoria 001 de 2009 por experiencia relacionada, lo que, a su juicio, constituye una clara irregularidad que afecta la formación del acto definitivo.

Que tal modificación permitió que la entidad, que valoró y calificó a todos los concursantes, no otorgara “puntaje a algunos en educación formal a los títulos universitarios y de posgrado bajo el

argumento de que éstos fueron tenidos en cuenta en los requisitos mínimos para el cargo”. Es decir, se valoró y calificó, la experiencia profesional como si debiera ser relacionada.

Aduce que el hecho de que se haya desconocido la experiencia profesional relacionada con el sector privado o independiente, restringe el derecho a participar y acceder a las funciones y cargos públicos.

Que, en ese orden de ideas, el Decreto 4736 del 2 de diciembre de 2009, mediante el cual se nombró al señor Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que fue publicado en el Diario Oficial No. 47551 de esa misma fecha, está viciado de nulidad.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas que la parte actora invocó como violadas y de las que explicó un real concepto de la violación fueron:

- *Los artículos 40, numeral 7º y 23 de la Constitución Política.*
- *El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.*

- *El artículo 1º del Decreto 4476 de 2007.*

La Sala entiende que, en síntesis, los siguientes son los reparos que el demandante tiene contra el acto acusado:

- *Que la Convocatoria 001 de 2009, realizada por la Escuela Superior de Administración Pública para proveer el cargo de miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil debió ser publicada en el Diario Oficial y no únicamente en un diario de amplia circulación. Que tal omisión, de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, vicia de nulidad el Decreto 4736 de 2009 en la medida en que fue expedido de forma irregular.*
- *Que al expedirse el acto de la convocatoria, en especial, el Anexó No 1 relativo a la “Valoración de Antecedentes”, se desconoció el artículo 1º del Decreto 4476 de 2007, pues se acogió un criterio de valoración y de calificación de los estudios y experiencia de los participantes que difiere de lo que consagra la referida disposición. En concreto, se estableció que en esa etapa del concurso de méritos únicamente se otorgaría puntaje por aquellos estudios y experiencia que sobrepasaran el mínimo requerido para aspirar al cargo ofertado. Además, se dijo que la experiencia acreditada debía tener relación con las*

funciones que ejerce la Comisión Nacional del Servicio Civil dejando a un lado la experiencia adquirida en el sector privado. A juicio del demandante, estas modificaciones implicaron cambiar la experiencia profesional inicialmente exigida por una experiencia relacionada, decisión que constituye una irregularidad sustancial en el proceso de formación del acto atacado.

2. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

2.1 Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

El señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República contestó la demanda de la referencia. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. De forma concreta, ofreció argumentos de defensa respecto del concepto de la violación, los cuales se resumen a continuación:

- *Que el Código Contencioso Administrativo faculta a las entidades públicas a publicar sus actos, no sólo en el Diario Oficial, sino en los diversos medios de comunicación.*

- *Que la publicación del Decreto 4736 de 2009, cualquiera que haya sido el medio, surtió los efectos de ley.*
- *Que en el concurso se exigía acreditar una experiencia mínima relacionada de siete años, es decir, que ese tiempo de labores era un requisito habilitante para participar y, por tanto, de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, no podía ser objeto de puntuación alguna.*
- *Que el hecho de que no se haya tenido en cuenta la experiencia adquirida en el sector privado no fue un capricho del evaluador, sino que, contrario a lo dicho por la parte actora, obedeció a que el artículo 8º de la Ley 909 de 2004 establece que para ser elegido como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entre otras cosas, se debe tener “experiencia profesional acreditada en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público”.*

Aunado a lo anterior, propuso las excepciones que denominó “Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación por pasiva e Ineptitud sustancial de la demanda”, que serán expuestas y analizadas más adelante.

2.2 Jorge Alberto García García

El señor Jorge Alberto García García, por intermedio de apoderado y mediante escrito del 11 de febrero de 2010, contestó la demanda. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. En concreto, expuso los siguientes argumentos de defensa:

- Que el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante aviso de prensa publicado el 3 de agosto de 2009 en el periódico Nuevo Siglo y en las páginas web de esa entidad, de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, divulgó la convocatoria 001 de 2009 para proveer el cargo de miembro de la CNSC, con lo cual dio cabal cumplimiento a lo que prevé el artículo 1º del Decreto 3016 de 2008, que reglamentó el artículo 9º de la Ley 909 de 2004.*
- Que de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas que regulan la materia, puede concluirse que no sólo pueden publicarse los actos administrativos en el Diario Oficial, sino que también pueden utilizarse otras formas de publicidad de dichos actos. Más aún si se tiene en cuenta que con dichas formas se cumple la finalidad de poner en conocimiento de los interesados esta clase de actos.*

- *Que, sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de marzo de 2005, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, manifestó que sólo de forma excepcional el problema de la publicidad puede incidir en la validez del acto, pues, en términos generales, tal omisión atiende a la eficacia de los actos administrativos de carácter general, es decir, a que produzcan efectos jurídicos y sean obligatorios para los particulares.*
- *Sobre el cargo relacionado con la valoración de experiencia y estudios, después de hacer una diferenciación conceptual entre convocatoria y concurso, puso de presente que los requisitos para aspirar al cargo de miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil están contenidos en el numeral 2º del artículo 8º de la Ley 909 de 2004, entre los cuales se encuentra el de tener “experiencia profesional acreditada en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público”.*
- *Que, bajo esa premisa, resultan válidas las exclusiones de experiencia relacionada con el sector privado que tanto cuestiona la parte demandante, pues tal exigencia, entre otras, fue establecida por la Convocatoria 001 de 2009 como requisito mínimo para ser considerado como*

aspirante admitido en el concurso y, por consiguiente, no podía ser desconocida por la entidad demandada.

- *Que, por tanto, es claro que la parte actora confunde cuáles fueron los requisitos mínimos para participar, que no son otros que los consagrados en la Ley 909 de 2004 y que no otorgaban puntaje, pues se erigen simplemente como criterios de habilitación y cuáles fueron los criterios aplicados para la valoración de antecedentes que sí otorgaban puntaje de acuerdo con la tabla de valoración preestablecida e informada previamente en la Convocatoria y en el Concurso de Méritos.*
- *Que, dentro de ese contexto, la ESAP aplicó correctamente el criterio legal de requisitos mínimos para participar.*
- *Por último, manifestó que, contrario a lo dicho por el demandante, desde el comienzo del proceso de selección fue clara la regla según la cual en la valoración de antecedentes de los aspirantes sólo se otorgaría puntos por estudios y por experiencia adicionales a lo exigido como requisito mínimo, pues tal premisa quedó establecida desde el principio en el cronograma del concurso, que fue publicado el 11 de agosto de 2009, en las páginas web de la ESAP, DAFP y CNSC.*

Aunado a lo anterior, propuso las excepciones que denominó “Derecho a la buena fe y las garantías constitucionales implícitas de la confianza legítima y la teoría de los actos propios, improcedencia de la acción electoral a efectos de pretender vicios de actos previos no demandables e improcedencia de la acción electoral a efectos de pretender un reestablecimiento del derecho”, cuyos argumentos serán resumidos más adelante cuando la Sala se pronuncie sobre las demás excepciones propuestas por los demandados.

2.3 Escuela Superior de Administración Pública - ESAP

Mediante escrito del 11 de febrero de 2010, la ESAP se opuso a las pretensiones de la demanda y con el objeto de desvirtuar los cargos formulados por la parte actora, manifestó lo siguiente:

- *Que, de acuerdo con el Decreto 3016 de 2008, que reglamentó la Ley 909 de 2004, tanto el Departamento Administrativo de la Función Pública como la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP – efectuaron oportuna y debidamente la divulgación de la convocatoria en sus respectivas páginas web y en un diario de amplia circulación.*

- *Que, además, el Decreto 3016 de 2008, que es una norma de carácter especial y que establece un procedimiento en particular para la publicación de la convocatoria en mención, debe prevalecer sobre las disposiciones generales que regulan el tema objeto de controversia.*
- *Que la valoración de la experiencia y estudios de los aspirantes tanto en la etapa de revisión de requisitos del cargo como en la prueba de antecedentes, no fue hecha de forma arbitraria por la ESAP, toda vez que ésta se hizo conforme con los parámetros que establecen el artículo 8º de la Ley 909 de 2004 y el artículo 3º del Decreto 3016 de 2008.*
- *Puso de presente que, al momento de realizar la valoración de los antecedentes, tuvo en cuenta el ejercicio independiente de los aspirantes que estuviera relacionado con la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector de la función pública, de conformidad con las referidas normas y con lo expuesto por el Departamento Administrativo de la Función Pública en concepto del 16 de septiembre de 2009.*
- *Que, además, “en las bases del concurso se publicó que la prueba de valoración de antecedentes era de carácter*

clasificatorio con un puntaje ponderado máximo dentro del Concurso del 20% y definió como criterio que la valoración de antecedentes, en cuanto a estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del cargo, la efectuaría la ESAP durante el desarrollo del proceso”.

Propuso la excepción de caducidad de la acción, toda vez que el acto de nombramiento acusado se publicó en el Diario Oficial el 2 de diciembre de 2009 y la demanda electoral fue presentada el 13 de enero de 2010, esto es, vencido el término de 20 días que prevé el Código Contencioso Administrativo para tal efecto.

2.4 Departamento Administrativo de la Función Pública

El Departamento Administrativo de la Función Pública, por intermedio de apoderado, contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

- *Que tanto la Ley 909 de 2004 como el Decreto 3016 de 2008 fijaron las pautas generales para la realización de los concursos públicos, de cuyas listas serían nombrados los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil, disposiciones que se encuentran vigentes y que, por tanto,*

tienen que ser acatadas por todas las autoridades de la República.

- *Que, dentro de este contexto, el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 3016 de 2008 ordena que la “convocatoria debe divulgarse por una sola vez en un medio de amplia circulación nacional y a través de las páginas web del Departamento Administrativo de la Función Pública”, requisito que fue cumplido por la Comisión Nacional del Servicio Civil y por la ESAP.*
- *Que, además, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la ausencia de publicación de un acto administrativo general en el Diario Oficial no da lugar a la declaratoria de nulidad, pues dicha omisión no se encuentra consagrada dentro de las causales de anulación previstas en el artículo 84 del C.C.A.*
- *Por último, sobre el cargo relacionado con la valoración de antecedentes, dijo que:*

“Debe distinguirse entre la verificación de la documentación para decidir la admisión al concurso pues ésta es simplemente una comprobación de que SI o NO se reúnen los requisitos mínimos señalados en la convocatoria. En cambio, el Análisis de Antecedentes asigna puntuaciones, de acuerdo con escalas o tablas previamente definidas, a aquellas certificaciones de

estudio y experiencia que excedan los requisitos mínimos.

(...)

... el instrumento de Análisis de Antecedentes consistió en la “valoración y calificación de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos y sobre temas relacionados con las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Nótese que en el texto anterior la conjunción “y” posibilita la inclusión tanto de los que sobrepasan los requisitos mínimos como de los relacionados con la Comisión y por tan razón, no se excluyen los tipos de estudios o experiencia, ni áreas ni sitios de trabajo, como materia de Análisis de Antecedentes.

La aplicación de la prueba de Análisis de Antecedentes de la citada convocatoria fue posterior a la prueba de conocimientos, es decir, se aplicó a quienes habían superado esta última, lo cual implica que había superado etapas anteriores del proceso tales como inscripción y cumplimiento de requisitos mínimos. Por consiguiente, la admisión al proceso era un hecho cumplido cuando se realizó el Análisis de Antecedentes y nunca fue rebatido por este último”.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

- *La presente demanda fue radicada ante esta Corporación el día 12 de enero de 2010.*
- *Mediante auto del 21 de enero de 2010 se admitió la demanda, con su respectiva adición, y se ordenó las notificaciones del caso.*

4. PRUEBAS

Mediante auto del 17 de febrero de 2010, se abrió el proceso a pruebas.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del señor Jorge Alberto García García presentó alegatos de conclusión mediante escrito del 21 de abril de 2010. En concreto, insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Al respecto, dijo:

“En síntesis, al cumplir el Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP la publicación del texto de la convocatoria en el Diario el Nuevo Siglo el 3 de agosto de 2009, además de la difusión del proceso de selección desarrollado para efectos de designarse un empleo de Comisionado que se realizó en las páginas web de la DAFP – ESAP y CNSC, tal como se demostró con las pruebas allegadas al proceso, sin lugar a dudas se cumplió a cabalidad con los términos de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 3016 de 2008, esta última, la normativa donde se estableció el reglamento para el proceso de selección, y que habiéndose respetado irrestrictamente tal y como se dijo antes, permitirá dar cuenta a ese despacho la necesidad de desestimar de plano este primer punto.

(...)

En el sub lite, el demandante confunde en toda su argumentación cuáles fueron los requisitos mínimos para participar, que no son otros que los consagrados en la Ley 909 de 2004 para ejercer el cargo de comisionado de la CNSC, y que no otorgaban puntaje pues se erigen simplemente como criterios de habilitación; y cuáles fueron los criterios aplicados para la valoración de antecedentes que sí otorgaban puntaje de acuerdo a la tabla de valoración preestablecida e informada previamente en la Convocatoria y el Concurso de Méritos.

Por lo anterior, es que circunscribiéndonos a los cuestionamientos realizados por el accionante en su demanda en relación con el no reconocimiento de puntaje a los participantes que acreditaron experiencia en el sector privado, o no se tuvo en cuenta la misma en el análisis de antecedentes para definir los listados de admitidos en el concurso, es oportuno precisar que la entidad que realizó el proceso de selección (ESAP) aplicó correctamente el criterio legal de requisitos mínimos para participar y que se encuentran consagrados en el literal d del numeral 2º del citado artículo 8 de la Ley 909 de 2004, así:

“Experiencia profesional acreditada en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales EN EL SECTOR PÚBLICO, por más de siete años”.

En conclusión, la experiencia profesional en el campo de recursos humanos o relaciones laborales acreditada en el sector privado estaba excluida y no cumplía con las exigencias de la ley para el cargo de Comisionado Nacional del Servicio Civil; y así se dijo claramente en el cronograma, pues se informó la exigencia de ley de pertenecer la experiencia profesional en el sector público”.

A su vez, la apoderada del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República alegó de conclusión y, en resumen, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en especial, el relacionado con la “ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación por pasiva”.

Por su parte, el apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública presentó alegatos de conclusión mediante memorial del 22 de abril de 2010. En síntesis, dijo que ratificaba las razones de defensa que expuso en el escrito de contestación de la demanda radicado el día 11 de febrero de 2010.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto sobre el asunto de la referencia. Luego de reseñar los fundamentos de la demanda y las actuaciones relevantes, solicitó que esta Corporación despachara de forma desfavorable las pretensiones de la demanda.

Sobre el cargo de falta de publicación de la Convocatoria 001 de 2009, manifestó lo siguiente:

“... este Despacho del Ministerio Público entiende que el concurso público para la selección de los Comisionados de la CNSC, se encuentra de manera detallada en normas especiales, las cuales determinan en forma clara y precisa cómo se debe hacer la publicidad de la convocatoria, para garantizar que exista la mayor cantidad de participantes, que en últimas es el objetivo principal de los concursos públicos de méritos.

Así las cosas y para este caso concreto, se concluye que no existe el deber legal de publicar en el Diario Oficial el inicio del proceso de selección, porque, como ya se vio, las disposiciones normativas que indican cómo se debe hacer publicidad del mentado concurso de méritos no lo exige.

Por el contrario, las citadas normas disponen que la apertura del concurso se efectúe con una publicación de la invitación a participar que se debe hacer en un diario de amplia circulación dentro del territorio nacional, además de las disposiciones respectivas en las diferentes páginas de Internet de las entidades involucradas en dicho proceso.

(...)

Por consiguiente, se considera que el DAFP no incurre en omisión alguna, cuando cumple con su obligación legal, dando a conocer la convocatoria o el inicio del concurso, mediante la publicación en un diario de amplia circulación nacional.

Descendiendo a lo argumentado anteriormente al caso concreto, se tiene probado dentro del expediente que el DAFP, publicó en un diario de amplia circulación, el Nuevo Siglo, la convocatoria a concurso de méritos para proveer un empleo de Comisionado de la Comisión

Nacional del Servicio Civil, indicando, además, en dicho aviso que la ESAP sería el organismo que efectuaría el proceso.

También se encuentra probado dentro del expediente, que tanto el DAFP como la ESAP y la CNSC, publicaron en sus respectivas páginas de Internet las bases del concurso”.

Por último y en lo que tiene que ver con el segundo cargo propuesto por la parte actora, puso de presente que, de conformidad con el artículo 8º de la Ley 909 de 2004, para el caso concreto, la experiencia laboral debía ser debidamente acreditada por más de 7 años en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público. Es decir, que como condición inicial para participar en el concurso, el aspirante interesado debía cumplir, en primera medida y entre otros requisitos mínimos, el referido a la experiencia en el sector público.

Que una vez superado este filtro, podían ser aplicadas las diferentes pruebas de selección, entre las que, de acuerdo con lo que prescribe el Decreto 3016 de 2008, se encuentra la valoración de estudios y experiencia, prueba en la que, a juicio del Ministerio Público, la ESAP hizo bien al únicamente otorgar puntaje por la experiencia adicional a la mínima requerida, que estuviera relacionada con actividades propias de la función pública o

recursos humanos o relaciones laborales en el sector público, más no aquella acreditada en el sector privado.

II. CONSIDERACIONES

A. DE LA COMPETENCIA

De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo le corresponde al Consejo de Estado el conocimiento de los siguientes procesos:

*“**ARTÍCULO 128.** Modificado por el artículo 2, Decreto Nacional 597 de 1988, [Modificado por el art. 36, Ley 446 de 1998](#). Competencia del Consejo de Estado en única instancia. **El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo,** conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:*

(...)

*3. De los de nulidad de elecciones del Presidente y vicepresidente de la República, senadores, representantes a la cámara, así como de **LOS DE NULIDAD DE LAS ELECCIONES O NOMBRAMIENTOS HECHOS POR EL Presidente de la República,** el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Gobierno Nacional o **POR CUALQUIER AUTORIDAD, FUNCIONARIO, CORPORACIÓN O ENTIDAD DESCENTRALIZADA, DEL ORDEN NACIONAL.** (Mayúsculas y subrayas fuera de texto)*

Por su parte, el Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 dictado por la Sala Plena del Consejo de Estado y por el cual se expidió el Reglamento de esta Corporación, prevé:

“Artículo 13.- Modificado. Acuerdo 55/2003, art. 1º. C.E. Distribución de los negocios entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:
(...)

Sección quinta

1. Los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral...”

De acuerdo con las citadas disposiciones, es claro que le corresponde a la Sección Quinta de esta Corporación el conocimiento de las demandas presentadas en ejercicio de la acción de nulidad de contenido electoral, cuando se controviertan actos de nombramiento expedidos por cualquier autoridad del orden nacional.

En este caso se pretende la nulidad del Decreto No. 4736 del 2 de diciembre de 2009, proferida por el Presidente de la República y por la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante el cual se nombró al señor Jorge Alberto

García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

B. DE LAS EXCEPCIONES

- **Por parte del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.**

i) Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación por pasiva

Sostiene que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no tiene nada que ver con los hechos de la demanda, pues el acto acusado fue expedido por el Gobierno Nacional, concepto que implica la participación del Presidente de la República con algún Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, incluido el de la Presidencia de la República.

Que, dentro de este contexto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos judiciales la Nación estará representada por el ministro, director de departamento administrativo o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto y es claro que el señor Presidente de la República no es el representante de la Nación y el Departamento

Administrativo de la Presidencia de la República no intervino en el trámite de expedición del acto acusado.

A juicio de la Sala, la excepción no está llamada a prosperar, pues es evidente que la vinculación al presente asunto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se hizo en condición de tercero interesado en las resultas del proceso y con el propósito de que, en caso de considerarlo necesario, interviniera en la defensa del acto acusado. Es decir, no fue vinculado en la condición de demandado, puesto que en los procesos electorales se ha entendido que únicamente el elegido o el nombrado ostentan ese carácter.

ii) Ineptitud sustancial de la demanda por no demandar el acto administrativo que resulta pertinente

Argumenta que si bien la demanda está dirigida contra el Decreto 4736 de 2009, que designó a un integrante de la Comisión Nacional del Servicio Civil, es lo cierto que la parte actora olvidó que dicho acto es la consecuencia de la adopción de la lista de elegibles, dentro del concurso de méritos adelantados por la ESAP para tal efecto.

Que, en ese sentido, ésta debió dirigirse contra el acto administrativo que adoptó la lista de elegibles, pues dicho acto de contenido particular y concreto fue el que determinó el nombramiento del demandado como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Sobre el particular, la Sala precisa que, contrario a lo dicho por la entidad demandada, en el presente caso, el acto definitivo, que puede ser susceptible de la acción de nulidad electoral, de conformidad con lo que prevé el numeral 3° del artículo 128 del Código, es el Decreto 4736 del 2 de diciembre de 2009, pues dicho acto es el que contiene el nombramiento del señor Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En consecuencia, la excepción no prospera.

- Por parte del señor Jorge Alberto García García

i) Derecho a la buena fe y las garantías constitucionales implícitas de la confianza legítima y la teoría de los actos propios e Improcedencia de la acción electoral a efectos de pretender vicios de actos previos demandables

En relación con la primera excepción, el apoderado del señor Jorge Alberto García manifiesta que el Estado no puede súbitamente modificar o alterar las reglas de juego que regulan las relaciones con los particulares, sin que a éstos se les respeten los derechos subjetivos, otorgándoles un período de transición o se les consulte la decisión que se va a adoptar frente a una determinada situación jurídica.

Que, en el presente caso, el demandado se sometió al concurso de méritos adelantado por la ESAP en igualdad de condiciones y superó en debida forma todos y cada uno de los requisitos, pruebas y fases previstas para la Convocatoria 001 de 2009.

En lo que tiene que ver con la segunda excepción, dice que la demanda, de forma errónea, está encaminada a cuestionar circunstancias que estaban previstas dentro de la Convocatoria 001 de 2009, las cuales no tienen la fuerza para viciar o afectar la validez del acto de nombramiento.

Para resolver este punto, la Sala recuerda que los argumentos con los cuales en un proceso judicial se pretenda impedir el surgimiento de las pretensiones de la demanda se consideran genéricamente excepciones. Pero la proposición de éstas no puede basarse simplemente en defender la legalidad del acto acusado,

como erróneamente lo presenta el apoderado del señor García García.

Además, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que son diferentes las razones de defensa que las excepciones de fondo, pues las primeras versan sobre los hechos y el derecho que se alega por la parte demandante, mientras que las segundas atienden a situaciones extintivas del derecho o que impiden el asenso de las pretensiones.

“Las excepciones deben versar sobre hechos extintivos o impeditivos de la pretensión; no pueden confundirse con los argumentos encaminados a desvirtuar los hechos y/o los fundamentos de derecho en que sustenta el demandante sus peticiones, que constituyen el ejercicio global de la defensa; así se deduce del artículo 144 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 46 de la Ley 446 de 1998, que distingue entre las razones de la defensa (num. 2) y la proposición de las excepciones (num. 3).”¹

Así, en el caso sub-examine no encuentra la Sala que las excepciones propuestas ostenten en realidad esta entidad, toda vez que los argumentos que las estructuran no ponen de presente hechos o razones, que impidan el surgimiento de las pretensiones de la demanda.

¹ Sentencia del 9 de marzo de 2006. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA C.P. Dr. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA. Rad. n° 11001-03-28-000-2004-00008-01(3216) Actor: ORLANDO ARCINIEGAS LAGOS

En efecto, lo que la parte demandada propone son argumentos de defensa encaminados a desvirtuar la ilegalidad del Decreto 4736 de 2009, los cuales, de ser el caso, serán resueltos al analizar de fondo el presente asunto.

Por esas razones, las referidas excepciones no prosperan.

ii) Improcedencia de la acción electoral a efectos de pretender un restablecimiento del derecho

Sobre este punto, se aduce que con la presente demanda la parte actora “antes de presentarle al Juez Administrativo una disconformidad con el ordenamiento jurídico que son de la naturaleza del contencioso electoral, lo que esconde son advertencias propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”.

La Sala repara en que de las pruebas obrantes en el expediente se establece que el actor integró el grupo de concursantes que participaron en la Convocatoria 001 de 2009 para aspirar al cargo de miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que, en principio, podría entenderse que el contencioso electoral por él ejercido tendría por finalidad, en realidad, obtener un restablecimiento automático de su opción de ser nombrado, y en este sentido, la acción que debió proponer es la

nulidad y restablecimiento del derecho, y no el contencioso electoral, que está previsto únicamente para la defensa en abstracto del ordenamiento jurídico.

No obstante, como quiera que el actor no incluyó pretensión alguna de restablecimiento, y considerando que, en todo caso, aún en el evento de que se llegue a declarar la nulidad que se pretende, no se produciría automáticamente su designación en el empleo para cuya provisión participó, la demanda fue admitida y el proceso tramitado, como correspondiente a la acción de nulidad electoral.

Así, es claro que no es cierta la afirmación que sustenta esta excepción. En efecto, de una simple lectura de las pretensiones de la demanda, se desprende que la parte actora no plantea restablecimiento alguno en su favor, sino que, por el contrario, sólo pretende que se declare la nulidad del Decreto 4736 de 2009.

Por tal razón, la excepción no prospera.

- Por parte de la ESAP

i) Caducidad de la acción

Expresa que la presente demanda está caducada, pues el acto de nombramiento acusado se publicó en el Diario Oficial el 2 de diciembre de 2009 y la demanda electoral fue presentada el 13 de enero de 2010, esto es, una vez vencido el término de 20 días que prevé el Código Contencioso Administrativo para tal efecto.

Esta excepción no prospera por las siguientes razones:

- *De conformidad con lo expuesto en el artículo 136, numeral 12 del Código Contencioso Administrativo², “la acción electoral caducará veinte días, contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata”.*
- *Este término, por estar dado en días, de acuerdo con lo que prevé el artículo 121 del Código Procedimiento Civil³, debe contabilizarse por la siguiente regla: “En los términos de días **NO SE TOMARÁN** en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho”.*
- *En igual sentido se refiere el artículo 62 del Código de Régimen Político Municipal cuando señala: “... en los plazos*

² Modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

³ Aplicable por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A.

de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacancia, a menos de expresarse lo contrario (...)”.

De las referidas normas se concluye con claridad que los veinte días que el Código Contencioso Administrativo prevé para efectos de presentar la acción de nulidad electoral, sólo se predicán de aquellos días hábiles de atención en la oficina judicial.

Así, en el caso objeto de examen, si bien el Decreto 4736 de 2009 fue publicado el 2 de diciembre de ese mismo año y, en principio, el término para interponer la demanda electoral se vencía el 4 de enero de 2010, es lo cierto que es un hecho notorio que para esa fecha esta Corporación se encontraba en vacancia judicial y, por tanto, los días comprendidos en ese período no pueden contabilizarse para efectos de establecer el término de caducidad.

En consecuencia, la presente demanda se presentó a tiempo, pues, contrario a lo dicho por el apoderado de la ESAP, fue radicada el 12 de enero de 2010, fecha en la que todavía no había operado el fenómeno de la caducidad.

ii) Legalidad del acto acusado

La ESAP considera que el acto demandado no tiene ningún vicio que afecte su legalidad, pues es evidente que tanto la publicación de la Convocatoria 001 de 2009 como la valoración de los antecedentes se hicieron de conformidad con las reglas que establecen la Ley 909 de 2004 y el Decreto 3016 de 2008.

La Sala observa que la parte demandada no propone un verdadero medio exceptivo, sino, en realidad, plantea argumentos de defensa que buscan respaldar la validez del acto acusado y, como se dijo en relación con dos de las excepciones propuestas por el apoderado del señor García García, de ser pertinente, serán resueltas cuando se decida de fondo el asunto planteado. En consecuencia, la excepción no prospera.

C. DE LOS CARGOS PROPUESTOS POR LA PARTE ACTORA

La Sala entiende que son dos los cargos que la parte demandante formuló contra el Decreto 4736 de 2009, mediante el cual se nombró al señor Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El primero consistente en la falta de publicación de la Convocatoria 001 de 2009 en el Diario Oficial y el segundo que

hace recaer en lo que, a su juicio, fue una indebida valoración de los antecedentes dentro del concurso de méritos adelantado por la ESAP.

- **Primer Cargo - Falta de publicación de la convocatoria 001 de 2009 en el Diario Oficial**

Según el actor, la Convocatoria 001 de 2009, realizada por la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP-, para proveer el cargo de miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil debió ser publicada en el Diario Oficial y no únicamente en un diario de amplia circulación, de acuerdo con el artículo 43 del C.C.A y con el artículo 119, literal c, de la Ley 489 de 1998.

Que en ese sentido, tal omisión, de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, vicia de nulidad el Decreto 4736 de 2009 en la medida en que fue expedido de forma irregular

Se anticipa que este cargo no está llamado a prosperar.

Para efectos de sustentar esta decisión, en primer lugar, la Sala, como en una anterior oportunidad⁴, se ocupará de la publicidad de los actos administrativos de carácter general, para luego, analizar el caso concreto.

- De la publicidad de los actos administrativos de carácter general

En el Código Contencioso Administrativo expedido mediante el Decreto Ley 01 del 2 de enero de 1984, la publicación de los actos administrativos de carácter general se reguló en los siguientes términos:

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

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

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio hábil.”

Según la norma anterior, el requisito de la publicación de los actos administrativos de carácter general es claramente un

⁴ Sentencia del seis de agosto de 2009. M.P. María Honemí Hernández Pinzón. Exp. 2009-005. Actor. Karol Mauricio Martínez.

presupuesto de eficacia u oponibilidad, puesto que su obligatoriedad frente a los particulares se condiciona a ello. También el legislador extraordinario admitió la posibilidad de que la publicación de esos actos se surtiera alternativamente, bien fuera en el Diario Oficial o en el diario, gaceta o boletín provisto por la entidad para dar publicidad a sus actos, o por medio de un periódico con cobertura en la jurisdicción de la autoridad que los dicta. Así, la publicidad de éstos quedaba satisfecha si la administración los daba a conocer a través de cualquiera de esos medios, lo que una vez realizado hacía eficaz la medida frente a la generalidad de las personas.

Posteriormente se expidió la Ley 57 del 5 de julio de 1985 “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”, que si bien nada dijo sobre derogatorias, sí se refirió al deber y a la forma de publicar los actos de la administración pública, en los siguientes artículos:

Artículo 1º.- *La Nación, los Departamentos y los Municipios incluirán en sus respectivos Diarios, Gacetas o Boletines oficiales todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos.*

Artículo 2º.- *En el Diario Oficial, cuya dirección corresponde al Ministro de Gobierno, deberán publicarse:*

- a) *Los Actos legislativos y las leyes que expida el Congreso Nacional.*
- b) *Los Decretos del Gobierno;*
- c) *Las Resoluciones ejecutivas;*
- d) *<Modificado tácitamente por los artículos 59 y 60 de la Ley 190 de 1995. El texto original de este literal es el siguiente:> Los contratos en que sean parte la Nación o sus entidades descentralizadas, cuando dicha formalidad sea ordenada por la ley que los regula;*
- e) *Los actos del Gobierno, de los Ministerios, de los Departamentos Administrativos, de las Superintendencias y de las Juntas Directivas o Gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tengan alcance e interés generales;*
- f) *Los actos de naturaleza similar a la señalada en el literal anterior que expidan otras autoridades por delegación que hayan recibido o por autorización legal;*
- y,
- g) *Los demás actos que señalen las disposiciones vigentes y la presente Ley.*

Artículo 3º.- *Cuando el volumen de publicaciones obligatorias así lo justifique, el Gobierno Nacional podrá autorizar a los distintos sectores administrativos la edición de sendos Boletines o Gacetas en los que se divulguen los actos del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo y de los Organismos que se hallen adscritos o vinculados a éstos.*

En el Diario Oficial continuarán publicándose los actos que lleven la firma o contengan la aprobación del Presidente de la República.” (Subrayas de la Sala)

Esta norma guarda cierta similitud con su predecesora en la medida en que conserva el carácter mixto de la publicación de los actos de la administración pública, pues si bien alude al Diario

Oficial como medio de divulgación de ciertas actuaciones públicas, también admite la posibilidad de que la administración acuda a los “Diarios, Gacetas o Boletines oficiales”. Incluso se habilita al Gobierno Nacional para que autorice a los sectores que integran la Rama Ejecutiva del poder público a que se valgan de “Boletines o Gacetas” para publicitar sus actuaciones.

De otra parte, a pesar de que la Ley 57 de 1985 no hizo ninguna referencia al “periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto” como medio de difusión de los actos administrativos de carácter general y que sí contempla el artículo 43 del C.C.A., no puede considerarse que ello equivalga a la derogación de la disposición transcrita, pues, como se dijo, no hubo derogación expresa de las disposiciones anteriores y tampoco se evidencia derogatoria tácita alguna, toda vez que la publicación en un periódico de amplia circulación no riñe con el postulado constitucional de la publicidad ni con la normatividad que prevé la Ley 57 de 1985.

Luego se expidió el Decreto Ley 2150 del 5 de diciembre de 1995 “Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, en cuyo artículo 97 se derogó expresamente, entre otras disposiciones, el artículo 2 de la Ley 57 de 1985 que se refería a

los actos que debían publicarse en el Diario Oficial, materia que se reguló en los siguientes términos:

Artículo 95.- Publicaciones en el diario oficial.- *A partir de la vigencia del presente decreto, sólo se publicarán en el Diario Oficial, los siguientes documentos públicos:*

a. Los actos legislativos y los proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;

b. Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;

c. Los decretos y resoluciones ejecutivas expedidos por el Gobierno Nacional, cuya vigencia se determinará en el mismo acto de su expedición, y los demás actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades u órganos del orden nacional, cualquiera que sean las ramas u organizaciones a las que pertenezcan;

d. Los actos de disposición, enajenación, uso o concesión de bienes nacionales;

e. La parte resolutive de los actos administrativos que afecten de forma directa o inmediata, a terceros que no hayan intervenido en una actuación administrativa, a menos que se disponga su publicación en otro medio oficial destinado para estos efectos o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones;

f. Las decisiones de los organismos internacionales a los cuales pertenezca la República de Colombia y que conforme a las normas de los correspondientes tratados o convenios constitutivos, deban ser publicados en el Diario Oficial.

PARÁGRAFO.- *Los actos administrativos de carácter particular y concreto surtirán sus efectos a partir de su notificación y no será necesaria su publicación.”*

Si bien hasta la Ley 57 de 1985 se había mantenido incólume el carácter mixto de la publicación de los actos administrativos de carácter general, que según el artículo 43 del C.C.A., reitera la Sala, se podía hacer “en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”, es lo cierto que con la expedición del Decreto Ley 2150 de 1995 tal postura fue cambiada, puesto que a partir de la entrada en vigencia de la referida norma dichos actos generales, sin importar la rama del poder a la que pertenezca la entidad emisora del orden nacional, “sólo se publicarán en el Diario Oficial”, lo cual implica una evidente modificación del artículo 43 del C.C.A. toda vez que la alternatividad allí prevista únicamente se sigue conservando para cuando se trate de actos administrativos que no sean de carácter general.

La mejor prueba de que esa alternatividad del artículo 43 sigue en pie la ofrece el literal e) del artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995, en cuanto que allí se admite la posibilidad de exceptuar de la publicación en el Diario Oficial a los actos administrativos que afecten directamente derechos de terceros no vinculados a la actuación, cuando la entidad disponga que se practique “en otro medio oficial destinado para estos efectos o en un periódico de

amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones”.

Por último, se expidió la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, que indiscutiblemente derogó en forma tácita el artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995 al haber regulado expresa e íntegramente lo atinente a los actos que deben publicarse en el Diario Oficial, en los siguientes términos:

“Artículo 119.- Publicación en el diario oficial.

A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

a) Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;

b) Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;

c) Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

PARAGRAFO. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad.
(Subrayado fuera de texto original).

La citada evolución normativa permite a la Sala concluir lo siguiente:

- *Que el artículo 43 del C.C.A., si bien está vigente, ha sufrido importantes modificaciones en lo que respecta a la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, ya que en la actualidad no se puede hacer solamente acudiendo a los medios alternativos como “el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”, puesto que necesariamente debe hacerse por medio del Diario Oficial, lo cual no impide que la entidad pública, si así lo decide, además de la obligada publicación en el Diario Oficial, lo haga en esos medios alternativos, pues así se garantizaría aún más la publicidad de sus actuaciones.*
- *Que la obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del*

orden nacional, frente a los particulares, ya no puede predicarse de la publicación en esos medios alternativos, pues solamente se produce cuando se practica la publicación en el Diario Oficial. Es decir, la eficacia u oponibilidad de esos actos tan solo surge cuando la publicación ha sido realizada en el Diario Oficial, de modo que aunque la publicación se surta en los medios alternativos aludidos, su eficacia respecto de terceros interesados no podrá tenerse por cumplida.

- *Que lo regulado en el artículo 43 del C.C.A., sobre el deber y la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las demás entidades, esto es, por las entidades del nivel territorial, tanto del sector central como del descentralizado, se mantiene incólume.*

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación había advertido de las modificaciones experimentadas por el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo. Al respecto, sostuvo:

“Ocurre que en virtud del principio de publicidad establecido en el artículo 3.º, séptimo inciso, del Código Contencioso Administrativo las autoridades deben dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones ordenadas en la ley; y según fue dispuesto en el

artículo 43 del mismo Código los actos administrativos de carácter general no eran obligatorios para los particulares mientras no fueran publicados en el Diario Oficial o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinaran a ese objeto o en un periódico de amplia circulación en el territorio en que fuera competente quien pronunció el acto.

Posteriormente fue expedida la ley 57 de 1.985, “por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”, en cuyo artículo 1.º se dispuso que la Nación, los departamentos y los municipios incluyeran en sus respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión debiera conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley debían publicarse para que produjeran efectos jurídicos.

En el artículo 2.º de la misma ley se señaló qué actos debían publicarse en el Diario Oficial y, entre otros, en los literales e y f, los actos de autoridades nacionales creadores de situaciones jurídicas impersonales o de alcance o interés generales, pero se estableció también, en el artículo 3.º, que cuando el volumen de publicaciones obligatorias así lo justificara el Gobierno podría autorizar a los distintos sectores administrativos la edición de sendos boletines o gacetas para la divulgación de los actos del respectivo ministerio o departamento administrativo y de los organismos que se hallaran adscritos o vinculados a estos, y en el artículo 4.º que la dirección de esos boletines o gacetas estaría a cargo del ministerio o departamento administrativo correspondiente y que serían publicados por lo menos una vez al mes.

Según el artículo 8.º, los actos señalados en los literales e y f del artículo 2.º, entre otros, regirían solo después de la fecha de su publicación.

Estas disposiciones, como se advierte,

modificaron el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, así en lo relativo a la publicación de los actos administrativos de carácter general en cualesquiera periódicos de amplia circulación, que desde entonces no es posible; y en cuanto hace a los boletines o gacetas distintos del Diario Oficial se dispuso que estos fueran autorizados por el Gobierno, que antes no requerían de autorización alguna y eran simplemente aquellos que las autoridades destinaran a la publicidad de sus actos administrativos de carácter general, además de que cada una de tales autoridades podía disponer, a su arbitrio, de su propio boletín o gaceta, pero a partir de entonces se trataba de boletines o gacetas para la divulgación de los actos de los distintos sectores administrativos, o sea un boletín o gaceta para cada sector administrativo, y no uno para cada uno de los organismos integrantes de esos sectores, por separado, como hubo de explicar la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 18 de julio de 1.991⁵.

Mediante el artículo 95 del decreto 2.150 de 1.995, “por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios en la administración pública”, se estableció, que solo se publicaran ciertos actos en el Diario Oficial, y entre estos, en el literal c, los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades u órganos del orden nacional.

Finalmente, en el artículo 119, literal c, de la ley 489 de 1.998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del

⁵ “El texto anterior (ley 57 de 1.985, artículo 3.º) no exige mayores esfuerzos para su interpretación ya que su claridad y sencillez no dan pie para hacer interpretaciones diferentes a la que surge espontáneamente del mismo, en el sentido de que el Gobierno Nacional está facultado para autorizar, cuando haya justificación, que los distintos sectores administrativos editen sendos boletines o gacetas en donde se divulguen los actos ‘del respectivo ministerio o departamento administrativo y de los organismos que se hallen adscritos o vinculados a estos’. De ninguna manera la ley faculta al Gobierno para que autorice la publicación de boletines o gacetas a cada uno de los muchos organismos del orden nacional que integran la administración pública”. (Anales del Consejo de Estado, t. CXXIV, primera parte, págs. 411 y 412).

orden nacional [...] y se dictan otras disposiciones”⁶, se estableció que debían publicarse en el Diario Oficial, entre otros, todos los “actos administrativos de carácter general expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas ramas del poder público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado”; y, en el parágrafo del mismo artículo, que únicamente “con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”⁷.

Son actos administrativos de carácter general aquellos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo mismo referidos a una pluralidad indeterminada de personas, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales supuestos. Desde luego que la indeterminación no resulta del mayor o menor número de los destinatarios del acto, sino de la circunstancia de que no aparezcan determinados, y por ello puede existir un acto general referido, en los hechos, solo a algunas pocas personas o a ninguna; y, viceversa, puede existir un acto individual referido a muchas personas concretamente determinadas.

Pues bien, la Universidad Nacional de Colombia, según lo establecido en el artículo 1.º del decreto 1.210 de 1.993, es un ente universitario autónomo, del orden nacional, vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con régimen especial, y en razón de ese régimen especial, dice el artículo 3.º del mismo

⁶ La Corte Constitucional, mediante sentencias C-957 de 1 de diciembre de 1.999 (expediente D-2.413) y C-646 de 31 de mayo de 2.000 (expediente D-2.652), se ha pronunciado sobre la exequibilidad de esta disposición.

⁷ “La ley 489 de 1.998 rescata para el Diario Oficial con carácter exclusivo, la tarea de colocar en vigencia y hacer oponible las normas legales de carácter general, terminando así con la incertidumbre generada por la proliferación de boletines de diversas entidades con los que se suplía tal requisito”. (MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto, Ministro del Interior, “El cambio es ahora: vigente nuevo estatuto de la administración pública”, en *El cambio en la administración pública*; Bogotá, Ministerio del Interior, Serie Documentos 4, 1.999, pág. xii).

decreto, es una persona jurídica autónoma, con capacidad para organizarse, gobernarse, designar sus propias autoridades y para dictar normas y reglamentos.

Siendo así que la Universidad Nacional es entidad del orden nacional, que integra la estructura del Estado, conforme a lo establecido en los artículos 113 de la Constitución y 40 de la ley 489 de 1.998, los actos administrativos de carácter general que expida, para regir, deben publicarse en el Diario Oficial, y en ello no se establecieron excepciones.

Entonces, según lo expuesto, los acuerdos 13 de 1.999 y 1 de 2.000 expedidos por el Consejo Superior Universitario, que son actos de carácter general, deben publicarse en el Diario Oficial para su vigencia y oponibilidad.”⁸

Sin embargo, el artículo 40 de la Ley 489 de 1998, prescribe que “...la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes.”

Esta norma demuestra que el régimen especial de ciertos organismos del Estado, entre ellos, la Comisión Nacional del Servicio Civil, prima sobre las regulaciones de la Ley 489 de 1998, incluido por supuesto su artículo 119 que consagra el deber de publicar en el Diario Oficial los actos administrativos de

⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de julio de 2001. Expediente: 11001032800020000026-02 (IJ-018). Actor: Germán Barriga Garavito. Demandado: Universidad Nacional de Colombia. En el mismo sentido se pueden consultar las sentencias proferidas el mismo día, por la Sala Plena, dentro de los Expedientes IJ-020, IJ-021 e IJ-022.

carácter general. Esto es, la norma especial debe primar sobre la norma general.

En efecto, la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, excepto aquellas especiales, se organizó mediante la Ley 909 de 2004, como una entidad de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las Ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

La referida norma consagra que la Comisión Nacional del Servicio Civil está conformada por tres miembros, designados por un período institucional de cuatro (4) años y de dedicación exclusiva, previo concurso público y abierto convocado por el Gobierno Nacional y realizado en forma alterna por la Universidad Nacional y la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP.

Dentro de este contexto, el artículo 33 de la Ley 909 de 2004, sobre los mecanismos de publicidad de las actuaciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, establece:

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

La página web de cada entidad pública, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de las entidades contratadas para la realización de los concursos, complementadas con el correo electrónico y la firma digital, será el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos, de recepción de inscripciones, recursos, reclamaciones y consultas.

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

En desarrollo de la citada norma, en relación con la publicidad de la convocatoria del concurso público y abierto para la selección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el artículo 1º del Decreto 3016 de 2008, prescribe:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo de la Función Pública, convocará al concurso público y abierto para la selección de los Comisionados de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 909 de 2004.

La convocatoria deberá divulgarse por una sola vez en un medio de amplia circulación nacional y a través de las páginas web del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Comisión Nacional del Servicio

Civil y la entidad encargada de adelantar el proceso de selección, Universidad Nacional de Colombia o la Escuela Superior de Administración Pública.

En la convocatoria se informará la Universidad o la Institución de Educación Superior encargada de realizar el proceso de selección y la fecha en la que ésta publicará el cronograma del concurso, en el cual deberá señalarse las bases del proceso de selección”.

En este orden de ideas, es claro que las normas especiales que regulan la materia objeto de controversia, no prevén la obligación legal de publicar en el Diario Oficial el acto de convocatoria del concurso público y abierto para la selección de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues consagran una evidente excepción a la regla que dispone el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, en la forma como fue modificado por el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 y que fue explicado en líneas anteriores.

En consecuencia, con la divulgación de la Convocatoria 001 de 2009 en el Diario Nuevo Siglo (Folio 137) y en las respectivas páginas web por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la ESAP, se cumplió a cabalidad con el requisito de publicidad del referido acto, situación que, como se anticipó, impide que el cargo propuesto por la parte actora prospere.

- **Segundo Cargo - Indebida valoración de antecedentes**

Argumenta el demandante que al expedirse el acto de la convocatoria, en especial, el Anexo No 1 relativo a la “Valoración de Antecedentes”, se desconoció el artículo 1º del Decreto 4476 de 2007, pues se acogió un criterio de valoración y de calificación de los estudios y experiencia de los participantes que difiere de lo que consagra la referida disposición. En concreto, se estableció que en esa etapa del concurso de méritos únicamente se otorgaría puntaje por aquellos estudios y experiencia que sobrepasaran el mínimo requerido para aspirar al cargo ofertado. Además, se dijo que la experiencia acreditada debía tener relación con las funciones que ejerce la Comisión Nacional del Servicio Civil dejando a un lado la experiencia adquirida en el sector privado.

Estas decisiones, a juicio de la parte actora, implicaron cambiar la experiencia profesional inicialmente exigida por una experiencia relacionada, decisión que constituye una irregularidad sustancial en el proceso de formación del acto atacado.

Para efectos de resolver este cargo, la Sala se permite transcribir el numeral 2º del artículo 8 de la Ley 909 de 2004, que sobre los

requisitos para ejercer como Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, prevé:

“(...)

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

De acuerdo con la citada norma, los siguientes son los requisitos mínimos que deben cumplir los interesados que aspiren al referido cargo público:

- Ser colombiano de nacimiento.*
- Mayor de 35 años.*
- Tener título universitario en áreas afines con las funciones propias de la CNSC.*
- Tener estudio de especialización.*
- Contar con experiencia profesional en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público, por más de siete (7) años.*

Entonces, es claro que, como primera medida, la persona interesada en aspirar para el cargo de Comisionado de la CNSC,

para poder hacer parte del concurso de méritos que se adelante para tal efecto, debe acreditar los requisitos mínimos que prevé la referida norma, entre los que se encuentra el relativo a la “experiencia profesional en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público, por más de siete (7) años”.

Por su parte, el Decreto 3016 de 2008, que reglamentó el proceso de selección para la designación de los miembros de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en lo que tiene que ver con las pruebas a aplicarse en dicho proceso, consagra:

“ARTÍCULO 3o. *En el concurso de méritos de que trata el artículo 9o de la Ley 909 de 2004, se aplicarán las siguientes pruebas o instrumentos de selección:*

1. Prueba de conocimientos relacionados con los aspectos técnicos y jurídicos que requiere la aplicación de la carrera administrativa. El valor de esta prueba respecto del total del concurso será del 60%.

2. Prueba de competencias laborales que requiere el ejercicio de la función de miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para la evaluación de estas se podrán aplicar pruebas escritas o entrevista o ambas. El valor de esta prueba será del 20% sobre el total del concurso. Cuando se utilice prueba escrita y entrevista cada una tendrá un valor del 10%.

3. Valoración de los estudios y experiencia sobre temas relacionados con las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Esta prueba tendrá un

valor del 20% dentro del concurso. Para su valoración la universidad encargada de adelantar el proceso de selección elaborará el instrumento de evaluación indicando los factores que serán valorados, el cual deberá ser publicado en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública, de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Universidad responsable de adelantar el proceso, con anterioridad a la aplicación de la primera prueba". (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con la referida disposición, la valoración de los estudios y experiencia debe hacerse sobre temas relacionados con las funciones de la Comisión del Servicio Civil, calificación que tendrá un 20% dentro del concurso y la cual, de acuerdo con la Convocatoria 001 de 2009, estaría a cargo de la ESAP y se haría únicamente sobre los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos mínimos del cargo. (Folio 148).

Sobre el particular, la Sala precisa que el hecho de que la "Administración" disponga como regla que para acceder a un cargo público se deba acreditar determinado tiempo de experiencia profesional, no es violatorio del derecho a la igualdad, ni del derecho al debido proceso, ni del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas.

Es completamente válido que la Administración establezca el perfil que se requiere cumplir para acceder a determinado cargo o empleo público. Uno de esos requisitos puede ser el de acreditar

que el aspirante tiene cierto tiempo de experiencia laboral, porque en el pasado ha tenido otros empleos o cargos o actividades que guarden cierta similitud con las funciones que estaría llamado a desempeñar en caso de ser nombrado en el cargo para el cual se concursa.

Se trata, entonces, de que deba demostrarse que ha cumplido el tiempo y la experiencia que requieren las normas que regulan la materia.

Para el caso bajo estudio, el tiempo mínimo de experiencia exigido para aspirar al cargo de miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil es de siete años, experiencia que, valga la pena aclarar, debe tener relación con las funciones que ejerce la CNSC. Además, dicho periodo, por obvias razones, debe contabilizarse de acuerdo con los parámetros fijados en las distintas disposiciones que el concurso.

En este orden de ideas, a juicio de la Sala, es lo cierto que si respecto del cargo ofertado, se estipulan ciertas reglas especiales en lo que tiene que ver la determinación de la experiencia profesional, que es lo que sucede en el presente caso, a esas reglas debe estarse el evaluador al momento de computar dicha experiencia.

En este sentido, la Sala estima que hizo bien la ESAP al aplicar lo consagrado en la citada disposición para efectos de determinar la experiencia profesional mínima requerida para ingresar al concurso, esto es, siete años de experiencia acreditada en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público, dejando por fuera aquella relativa al sector privado, pues ésta última no está prevista como factor a ser tenido en cuenta en el numeral 2º del artículo 8º de la Ley 909 de 2004.

De igual forma, estuvo acorde a derecho la valoración de antecedentes que hizo la ESAP, pues en esta etapa, para efectos de acceder al puntaje previsto en el artículo 3º del Decreto 3016 de 2008, debía acreditarse una experiencia profesional en el sector público que fuera adicional a los siete años exigidos como requisito mínimo para participar en el concurso de méritos. Respecto de este requisito mínimo, como bien lo dice la parte demandada, no podía otorgarse puntaje alguno, toda vez que fue previsto dentro del concurso como criterio habilitante, más no como factor de puntuación.

Así mismo, fue correcta la decisión de no tener en cuenta en esta la experiencia adquirida en el sector privado, pues, se reitera, las disposiciones que regulan el concurso, de forma clara y enfática, consagran que la única experiencia llamada a ser tenida en

cuenta en el concurso, es aquella relacionada con el sector público.

Por estas razones, contrario a lo dicho por la parte actora, no es cierto que la ESAP haya desconocido el artículo primero del Decreto 4476 de 2007, en lo que tiene que ver con la definición de experiencia relacionada. Por el contrario, dicha entidad, como quedó claro en líneas anteriores, dentro del concurso para proveer el cargo de Comisionado de la CNSC, aplicó a cabalidad dicha norma.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la violación del derecho a la igualdad, la Sala advierte que el demandante no es claro sobre la vulneración de este derecho, pues si bien aduce una supuesta discriminación en contra de aquellas personas que no se les tuvo en cuenta la experiencia adquirida en el sector privado, es lo cierto que en el expediente no obra prueba de que la ESAP hubiere adoptado decisiones diferentes en casos idénticos al del actor, que es como, por regla general, se viola el derecho a la igualdad⁹.

⁹ Sobre el concepto de igualdad, en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha dicho que “Se entiende por igualdad, la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, según un principio de reciprocidad. Y por derecho fundamental, aquel que siendo inherente a la persona, constituye el fundamento de legitimidad del orden jurídico, haciendo que éste sea justo. De lo anterior se colige que el derecho a la igualdad es la facultad que tiene todo ser humano, y en general toda persona, natural o jurídica, a recibir un trato no discriminado por parte de la sociedad civil y del Estado, según el merecimiento común -la racionalidad y la dignidad- y según los méritos particulares, fundados en la necesidad y en el trabajo. La igualdad en abstracto, implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación.”

Por el contrario, de las pruebas aportadas por la ESAP (Folios 169 – 226) se verifica que fueron varios los participantes a los que no se les tuvo en cuenta la experiencia acreditada por no estar relacionada con el sector público o por no tener relación con las funciones de la CNSC, lo cual es razón suficiente para afirmar que no existe violación del derecho a la igualdad.

Por último, la Sala reitera que el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas debe ser ejercido por los particulares y acatado por las autoridades dentro de los límites que las leyes señalen, uno de los cuales es el del cumplimiento de los requisitos que sean necesarios para cada cargo, según su naturaleza, lo que no constituye un límite arbitrario o irrazonable, sino que, por el contrario, es una garantía para la sociedad, pues con esos requisitos se busca garantizar la idoneidad de aquellas personas que serán nombradas en los respectivos empleos.

En consecuencia, el cargo no prospera.

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

F A L L A:

PRIMERO. SE DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP y el señor Jorge Alberto García García.

SEGUNDO. SE NIEGAN las pretensiones de la demanda electoral interpuesta por el señor Gerardo Nossa Montoya contra el nombramiento del señor Jorge Alberto García García como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUTRAGO VALENCIA

**MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ
PINZÓN**
(Ausente con permiso)

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA