



Sentencia 9336 de 2012 Consejo de Estado

CARRERA ADMINISTRATIVA – De los empleos de las entidades del estado / LEY 909 DE 2004 – Regula empleo público, carrera administrativa y gerencia pública / EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA- Principios. Orden para proveer los empleos / DERECHO A LA IGUALDAD – No vulneración / DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – Se adquiere después de superar el periodo de prueba y obtener una calificación satisfactoria / DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – Protección

El artículo 125 de la Constitución Política dispone que por regla general los empleos de las entidades del Estado son de carrera administrativa, salvo las excepciones expresamente consagradas por la ley. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos tiene lugar una vez se haya demostrado el cumplimiento de los requisitos y condiciones fijadas por la ley. En desarrollo de lo anterior fue expedida la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*. Dicho estatuto en el artículo 28 estableció los principios que deben orientar el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, ellos son el mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia en la gestión de los procesos, especialización de los órganos que ejecutan los procesos de selección, imparcialidad de los órganos, confiabilidad y validez de los instrumentos, y la eficacia y eficiencia de los procesos de selección. El artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, establece un orden para efecto de proveer los empleos de manera definitiva, y examinado se observa que: a) se trata de personas que ostentan derechos de carrera administrativa, b) que se encuentran en distintas situaciones, entre ellas, cuando se da prelación a aquellas a quienes se les han vulnerado las prerrogativas que de ella emanan (numeral 7.1), a quienes se les han amenazado derechos fundamentales y son sujetos de especial protección constitucional (numeral 7.2), para quienes tienen derecho preferencial frente a los cargos de carrera de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 (numeral 7.3), y a continuación para quienes ocupan el primer puesto en las listas de elegibles (numerales 7.4, 7.5 y 7.6). De lo anterior no se infiere que haya desconocimiento del derecho a la igualdad que alega la demandante, por el contrario, la norma demandada propende por la protección de los derechos de quienes están inscritos en carrera administrativa y gozan de las prerrogativas que de ella emanan, mientras que quienes están en las listas de elegibles tienen una expectativa de ingresar a la misma.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

FUENTE FORMAL: DECRETO 1227 DE 2005 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 125

NORMA DEMANDADA: ARTICULO 8 PARCIAL DECRETO 1227 DE 2005

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – Administra y vigila la carrera administrativa / SISTEMA DE MERITO / COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – Funciones /FACULTAD REGLAMENTARIA – introduce una excepción no establecida en la ley

El artículo 130 de la Constitución Política dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa. En el mismo sentido la Ley 909 de 2004, agregó que se trata de un órgano establecido con el fin de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público. De acuerdo con lo anterior, se infiere que a la Comisión Nacional del Servicio Civil no se le atribuyó la facultad de establecer excepciones en relación con la duración del encargo de que podían ser objeto los empleados de carrera mientras se surte el proceso de selección, por el contrario, la Ley fue enfática en señalar que tal situación no podía exceder de seis meses sin contemplar condicionamiento de alguna naturaleza. En consecuencia, es clara la contradicción entre la norma reglamentaria y la Ley razón por la cual se declarará la nulidad del aparte demandado del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, en consideración a que el ejecutivo incurrió en exceso de la facultad reglamentaria al introducir una excepción no establecida.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

FUENTE FORMAL: DECRETO 1227 DE 2005 – ARTICULO 8 PARCIAL / LEY 909 DE 2004

NORMA DEMANDADA: ARTICULO 8 PARCIAL DECRETO 1227 DE 2005

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – Garantiza el principio de mérito. Adecuación lista de elegibles / EXCLUSIÓN LISTA DE ELEGIBLES – Solicitud de modificación / LISTA DEFINITIVA DE ELEGIBLES – Reclamación

Quiere decir lo anterior que la Comisión Nacional del Servicio Civil en el trámite del concurso, tiene la facultad de adelantar acciones necesarias para garantizar su adecuación al principio del mérito, su competencia se extiende incluso a la posibilidad de dejar sin efecto el proceso de selección si encuentra irregularidades en el mismo. Con fundamento en dichas competencias, de encontrar irregularidades puede adelantar actuaciones tendientes a subsanarlas con el fin de asegurar que el orden establecido mediante la lista de elegibles sea el resultado directo del mérito demostrado por los aspirantes. De acuerdo con lo anterior se infiere que dentro de los 5 días siguientes a la publicación de la lista de

elegibles la entidad interesada en el concurso, podrá solicitar a la Comisión la exclusión de la lista de la persona que figure en ella cuando se compruebe alguna de las irregularidades descritas en el artículo 14 de dicha normatividad, e igualmente puede modificarla cuando se compruebe que su inclusión se dio por causa de un error aritmético en la valoración de los puntajes de las distintas pruebas. De lo contrario, si la lista fuera inmodificable desde su conformación, impediría que los aspirantes que se crean lesionados en sus derechos frente al concurso pudieran exigir correcciones. Por ello la Ley estableció un término de 5 días siguientes a la publicación para presentar reclamaciones, con el fin de que la entidad verifique su situación y en caso de considerarlo procedente, cambie su status dentro del proceso.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

FUENTE FORMAL: DECRETO 760 DE 2005 – ARTICULO 9 / DECRETO 760 DE 2005 – ARTICULO 14 / DECRETO 760 DE 2005 – ARTICULO 15

NORMA DEMANDADA: ARTICULO 8 PARCIAL DECRETO 1227 DE 2005

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00215-01(9336-05)

Actor: MERCEDES OLAYA VARGAS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Referencia: DECRETOS DE GOBIERNO

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

Mercedes Olaya Vargas en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación se declare la nulidad de los artículos 7º, 8º parcial y 34 del Decreto 1227 de abril 21 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas se invocan en la demanda el Preámbulo y los artículos 13, 40-7, 125 189-11 de la Constitución Política, y el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Con la expedición del artículo 7º demandado, el Presidente de la República excedió la facultad de reglamentación de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que la norma que reglamenta, la Ley 909 de 2004, no consagra un orden de prioridad en el nombramiento previo o un concurso de méritos salvo la elección, designación y elección del primero en la lista de elegibles.

Todo concurso debe ser público y abierto con el fin de brindar igualdad de oportunidades para todos los concursantes, derecho que no se garantiza con dicho artículo pues otorga un trato preferencial a determinados servidores públicos.

El aparte demandado del artículo 8º, según el cual el término para desempeñar un empleo de carrera que se encuentre vacante no puede exceder de 6 meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, establece una prórroga en cabeza de dicha entidad, que no está establecido por el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, pues dicha norma no contempla ninguna excepción para efectos de proveer de manera temporal las vacantes que se presenten. Siendo así, la norma demandada excede los límites de la facultad reglamentaria, al exceder el término señalado por la ley que reglamenta y por no establecer un límite razonable temporal para los otros excesos.

La asignación temporal en encargo en los términos de la norma demandada, desconoce el artículo 125 de la Constitución Política que establece que los cargos de carrera administrativa deben ser provistos mediante concurso, y no permitir la participación de los ciudadanos en la conformación, ejercicio y control del poder político mediante el acceso al desempeño de cargos y funciones públicas, vulnera el artículo 40-7 ibídem, así como el artículo 13 de la C.P. pues no brinda igualdad de oportunidades al conglomerado social.

El artículo 34 demandado permite la modificación de las listas de elegibles, posibilidad que no está contemplada por la Ley 909 de 2004, y en consecuencia debe entenderse que el Gobierno Nacional extendió su facultad de regulación lo que hace que la norma sea inaplicable por inconstitucionalidad.

Toda actuación de los ciudadanos se presume de buena fe, por ende la administración debe actuar de igual forma, sin sorprender al concursante con un intempestivo cambio de orden en la lista de elegibles. En este sentido no es lícito para la administración variar el orden de la lista, ya que ésta debe cambiar únicamente por la designación y posterior nombramiento de las personas en los cargos para los cuales concursaron.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Nación - Departamento Administrativo de la Función Pública se opuso a las pretensiones de la demanda, y solicitó en su lugar se declare la constitucionalidad y legalidad de las normas.

El Departamento Administrativo de la Función Pública se refirió por separado a cada uno de los artículos demandados y concluyó lo siguiente:

La parte demandante se refirió a tres situaciones específicas establecidas en el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005, las cuales merecen ser estudiadas individualmente, así:

1. *"La persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial".*

Aquellos funcionarios demostraron en su momento los méritos para el acceso a las funciones y al servicio público en condiciones de igualdad y ostentaron además los derechos de carrera al haber superado el periodo de prueba, mientras que los demás aspirantes sólo tienen expectativas de acceder a estos derechos luego de haber superado esa etapa.

Lo contrario desconoce el derecho a la igualdad y los demás derechos que fueron reclamados dentro del proceso, toda vez que no se adquieren por el solo hecho de pertenecer a una lista de elegibles, sino que además es preciso superar el período de prueba en el respectivo cargo.

2. *"Con el empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional de Servicio Civil".*

Las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta son sujetos de especial protección, por tal motivo la administración en aras de garantizar dicho precepto ha decidido darles prioridad a aquellas personas que además de ser perseguidas y desplazadas de su lugar de habitación, esperan la protección por parte del Estado.

3. *"Las demás causales encuentran su justificación en el hecho de la especialidad de la lista de elegibles por lo cual también resultan ajustadas a la Constitución y a la Ley".*

Considera que de ninguna forma el Presidente de la República excedió su potestad constitucional al expedir el precepto demandado, puesto que lo estipulado en las normas sigue el lineamiento de la Constitución y la Ley, por el contrario, establecen garantías para los derechos de carrera administrativa y aplicación de las normas.

Dentro del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, aclaró que la autorización de la prórroga de los nombramientos no le corresponde al Gobierno Nacional, sino a la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien en ejercicio de las potestades de administración y vigilancia de la carrera administrativa, decide si en cada caso en particular procede dicha prórroga o no.

La expedición del Decreto se debió a situaciones reales, donde para llevar a cabo los concursos de mérito, se debe seguir un procedimiento hasta la selección del personal calificado para ocupar los cargos, es decir, se deben hacer unas primeras etapas, resolver reclamaciones, y aplicar las pruebas específicas y por último la conformación de las respectivas listas de elegibles. No es posible prever el tiempo que tomará la realización del proceso, así pues, se pretende garantizar que no haya perturbación grave en la prestación del servicio público en las diferentes entidades.

El artículo 34 del Decreto 1227 de 2005, respecto de la posibilidad de modificar la lista de elegibles atribuida a la Comisión Nacional, reglamenta el Decreto Ley 760 de 2005 norma que establece el "... procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones", organismo cuyas funciones están sometidas a un marco constitucional, legal y reglamentario, que le impide actuar de manera arbitraria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación solicitó que declare la nulidad de la expresión *"salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba"* contenida en el artículo 8º del Decreto 1227 de 2005 y que se nieguen las demás súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

El orden de prioridades que consagra la disposición acusada no desconoce la Ley 909 de 2004, ni el artículo 125 de la C.P. puesto que garantiza tanto los derechos de quienes participan en los concursos de méritos y hacen parte de la lista de elegibles, como de los que se encuentran vinculados a ella o de los servidores que fueron retirados y deben ser reintegrados por haber estado nombrados en carrera.

No encontró ilegal el orden de prioridades señalado en el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005, pues es evidente que aunque no regula situaciones diferentes al concurso público y a la lista de elegibles que de este se desprende, sí relaciona circunstancias de servidores que ostentan derechos de carrera administrativa, aspecto que el Gobierno Nacional debe regular en ejercicio del poder reglamentario contemplado

en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

La autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para prorrogar el término del nombramiento por hasta que se surta el nombramiento en período prueba, excede los límites establecidos por el legislador. En consecuencia el acto es manifiestamente ilegal puesto que desconoce el ámbito dentro del cual debe ser ejercido el poder reglamentario consagrado en el numeral 11 del artículo 187 de la Constitución Política.

El artículo 34 del Decreto 1227 de 2005 la posibilidad que tiene la Comisión Nacional de Servicio Civil o la entidad delegada para modificar las listas. En efecto, dentro de las funciones asignadas por el artículo 11 de la Ley 909 de 2005 a la referida entidad le fueron atribuidas facultades incluso para dejar sin efectos los concursos públicos por motivos tales como la configuración de irregularidades en el desarrollo del proceso si concluye que no se ajustan a la finalidad de seleccionar personal idóneo.

Ahora bien, la función de modificar las listas de legibles podrá realizarla siempre que se fundamente en razones claras, la cuales garanticen el trámite de la convocatoria, previo análisis de cada una de las etapas que se hayan surtido en el proceso de selección.

Por lo anterior, la expresión demandada contenida en el artículo 34 del Decreto 1227 de 2005 se encuentra conforme a derecho.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se contrae a establecer si las normas demandadas contenidas en el Decreto 1227 de 2005, expedido por el Gobierno Nacional por medio del cual reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998, exceden la facultad reglamentaria, conferida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

Artículo 7º

El artículo 7 demandado, dispone:

Artículo 7º La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuara teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1 Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional de Servicio Civil.

7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de legibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de legibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

La actora manifiesta que el artículo transscrito del Decreto 1227 de 2005, establece un orden para efectos de hacer nombramientos que no está establecido en la Ley 909 de 2004, que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades que debe orientar el ingreso y ascenso a los empleos públicos, toda vez que brinda un trato preferencial a algunos servidores públicos.

Para decidir se tiene lo siguiente:

El artículo 125 de la Constitución Política dispone que por regla general los empleos de las entidades del Estado son de carrera administrativa, salvo las excepciones expresamente consagradas por la ley. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos tiene lugar una vez se haya demostrado el cumplimiento de los requisitos y condiciones fijadas por la ley.

En desarrollo de lo anterior fue expedida la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”. Dicho estatuto en el artículo 28 estableció los principios que deben orientar el

ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, ellos son el mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia en la gestión de los procesos, especialización de los órganos que ejecutan los procesos de selección, imparcialidad de los órganos, confiabilidad y validez de los instrumentos, y la eficacia y eficiencia de los procesos de selección.

El artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, establece un orden para efecto de proveer los empleos de manera definitiva, y examinado se observa que: a) se trata de personas que ostentan derechos de carrera administrativa, b) que se encuentran en distintas situaciones, entre ellas, cuando se da prelación a aquellas a quienes se les han vulnerado las prerrogativas que de ella emanan (numeral 7.1), a quienes se les han amenazado derechos fundamentales y son sujetos de especial protección constitucional (numeral 7.2), para quienes tienen derecho preferencial frente a los cargos de carrera de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 (numeral 7.3), y a continuación para quienes ocupan el primer puesto en las listas de elegibles (numerales 7.4, 7.5 y 7.6).

De lo anterior no se infiere que haya desconocimiento del derecho a la igualdad que alega la demandante, por el contrario, la norma demandada propende por la protección de los derechos de quienes están inscritos en carrera administrativa y gozan de las prerrogativas que de ella emanan, mientras que quienes están en las listas de elegibles tienen una expectativa de ingresar a la misma.

Es importante poner de presente que los derechos de carrera administrativa se adquieren luego de superar el periodo de prueba y obtener una evaluación satisfactoria¹, siendo así, deben tener preferencia quienes están inscritos al momento de determinar como se hará la provisión de un cargo que se encuentra vacante, frente a quienes se encuentran en la lista de elegibles, y tienen una mera expectativa de ser inscritos en ella.

La norma demandada garantiza la protección de quienes ya son titulares de las prerrogativas de la carrera administrativa y de manera alguna desconocen la igualdad de oportunidades respecto del ingreso y ascenso al sistema.

No prospera el cargo.

Artículo 8º parcial. Autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para prórroga del término de nombramiento.

Afirma la parte actora que la expresión contenida en el artículo 8º del Decreto demandado "salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba" desborda la potestad reglamentaria, pues realiza una modificación a la Ley 909 de 2.004 que señala 6 meses como término máximo para el encargo de los empleos en carrera, sin excepción alguna.

Frente al particular es necesario precisar que el Decreto 1227 de 2005 reglamentó el Decreto 1567 de 1998, por el cual se creó el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado.

Dentro del Programa de Incentivos estableció la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, en los siguientes términos:

Artículo 28º.- Comisión para Desempeñar Empleos de Libre Nombramiento y Remoción o de Período. Como uno de los incentivos que deben concederse a los empleados de carrera, los nominadores deberán otorgarles la respectiva comisión para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción o de período cuando hubieren sido nombrados para ejercerlos.

La norma transcrita señala que la comisión debe ser otorgada para el desempeño de empleos de libre nombramiento y remoción o de período, mientras que el aparte demandado se relaciona con el término de duración del encargo en empleos de carrera administrativa. En esas condiciones, se concluye que lo demandado no excede la facultad reglamentaria en relación con el Decreto 1567 de 1998, puesto que la comisión y el encargo son dos situaciones administrativas.

Ahora bien, en relación con la Ley 909 de 2004 las normas que deben ser confrontadas, son las siguientes:

DECRETO 1225 DE 2005

Ley 909 de 2004

Artículo 8º. Mientras se surte el proceso de elección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

Artículo 24. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente” Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

De la simple confrontación del artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el aparte demandado del Decreto 1227 de 2005, se concluye que el legislador estableció un término perentorio de 6 meses de duración del encargo, no obstante al ser reglamentado se introdujo una excepción que permite prolongar dicho término.

El artículo 130 de la Constitución Política dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa. En el mismo sentido la Ley 909 de 2004, agregó que se trata de un órgano establecido con el fin de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público.

Sus funciones en relación con la administración de la carrera administrativa y vigilancia sobre la aplicación de las normas a la misma, están establecidas en los artículos 11 y 12 ibídem, en los siguientes términos:

Art. 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

- a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;
- b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;
- c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento;
- d) Establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa;
- e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos

cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;

f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;

g) Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes;

h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;

i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;

j) Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;

k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa.

Parágrafo. El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante.

Artículo 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa. La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;

b) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado;

c) Recibir las quejas, reclamos y peticiones escritas, presentadas a través de los medios autorizados por la ley y, en virtud de ellas u oficiosamente, realizar las investigaciones por violación de las normas de carrera que estime necesarias y resolverlas observando los principios de celeridad, eficacia, economía e imparcialidad. Toda resolución de la Comisión será motivada y contra las mismas procederá el recurso de reposición;

d) Resolver en segunda instancia las reclamaciones que sean sometidas a su conocimiento en asuntos de su competencia;

e) Conocer de las reclamaciones sobre inscripciones en el Registro de Empleados Públicos, de los empleados de carrera administrativa a quienes se les aplica la presente ley;

f) Velar por la aplicación correcta de los procedimientos de evaluación del desempeño de los empleados de carrera;

g) Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar;

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley;

i) Presentar un informe ante el Congreso de la República dentro de los diez (10) primeros días de cada legislatura, o cuando este lo solicite, sobre sus actividades y el estado del empleo público, en relación con la aplicación efectiva del principio de mérito en los distintos niveles de la Administración Pública bajo su competencia.

Parágrafo 1º. Para el correcto ejercicio de sus competencias en esta materia, la Comisión Nacional del Servicio Civil estará en contacto periódico con las unidades de personal de las diferentes entidades públicas que ejercerán sus funciones de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

Parágrafo 2º. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá imponer a los servidores públicos de las entidades nacionales y territoriales sanciones de multa, previo el debido proceso, cuando se compruebe la violación a las normas de carrera administrativa o la inobservancia de las órdenes e

instrucciones impartidas por ella. La multa deberá observar el principio de gradualidad conforme el reglamento que expida la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuyos mínimos serán cinco (5) salarios mínimos legales vigentes y máximos veinticinco (25) salarios mínimos legales vigentes

De acuerdo con lo anterior, se infiere que a la Comisión Nacional del Servicio Civil no se le atribuyó la facultad de establecer excepciones en relación con la duración del encargo de que podían ser objeto los empleados de carrera mientras se surte el proceso de selección, por el contrario, la Ley fue enfática en señalar que tal situación no podía exceder de seis meses sin contemplar condicionamiento de alguna naturaleza.

En consecuencia, es clara la contradicción entre la norma reglamentaria y la Ley razón por la cual se declarará la nulidad del aparte demandado del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, en consideración a que el ejecutivo incurrió en exceso de la facultad reglamentaria al introducir una excepción no establecida.

- Artículo 34. De la modificación de la lista de elegibles

La actora sustenta el cargo con el argumento según el cual, la posibilidad de modificación de la lista de elegibles no está contemplada en la Ley 909 de 2004, en consecuencia la norma reglamentaria no podía introducir tal posibilidad. Partiendo de la base de que las actuaciones de la administración deben reflejar siempre la buena fe no pueden sorprender al aspirante de manera intempestiva cambiando el orden en la lista de elegibles.

La única modificación admisible es la que se presenta por el nombramiento del primero de la lista, no puede la administración variar el orden del mérito establecido a lo largo del concurso.

La norma demandada es del siguiente tenor:

Artículo 34. La Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad delegada podrá modificar la lista de elegibles por las razones y con observancia de lo establecido en el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

Como antes se estableció, el artículo 130 de la Constitución Política dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, sus funciones están descritas en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004. El artículo 12 señala entre otras que le corresponde a dicha entidad las siguientes:

- a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;
- b) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado; (se resalta)

Quiere decir lo anterior que la Comisión Nacional del Servicio Civil en el trámite del concurso, tiene la facultad de adelantar acciones necesarias para garantizar su adecuación al principio del mérito, su competencia se extiende incluso a la posibilidad de dejar sin efecto el proceso de selección si encuentra irregularidades en el mismo. Con fundamento en dichas competencias, de encontrar irregularidades puede adelantar actuaciones tendientes a subsanarlas con el fin de asegurar que el orden establecido mediante la lista de elegibles sea el resultado directo del mérito demostrado por los aspirantes.

La modificación de la lista en los términos establecidos por la norma demandada no puede darse de manera arbitraria ni discrecional, sino que debe tener justificación y debe hacerse mediante el procedimiento previamente determinado, en aras de preservar las garantías de los aspirantes.

En efecto, mediante Decreto 760 de 2005 se estableció la manera como debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones. En lo relevante al particular el Decreto 760 el 2005 dispone:

ARTÍCULO 90. La Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad delegada, al iniciar las actuaciones administrativas que se originen por las reclamaciones de personas no admitidas al proceso de selección o concurso, que no estén de acuerdo con sus resultados en las pruebas o por su no inclusión en las listas de elegibles, así como las relacionadas con la exclusión, modificación o adición de las mismas, podrá suspender preventivamente, según sea el caso, el respectivo proceso de selección o concurso hasta que se profiera la decisión que ponga fin a la actuación administrativa que la originó.

Cualquier actuación administrativa que se adelante en contravención a lo dispuesto en el presente artículo no producirá ningún efecto ni conferirá derecho alguno.

ARTÍCULO 14. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso podrá solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos:

14.1 Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.

14.2 Aportó documentos falsos o adulterados para su inscripción.

14.3 No superó las pruebas del concurso.

14.4 Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el concurso.

14.5 Conoció con anticipación las pruebas aplicadas.

14.6 Realizó acciones para cometer fraude en el concurso.

ARTÍCULO 15. La Comisión Nacional del Servicio Civil, de oficio o a petición de parte excluirá de la lista de elegibles al participante en un concurso o proceso de selección, cuando compruebe que su inclusión obedeció a error aritmético en la sumatoria de los puntajes obtenidos en las distintas pruebas; también podrá ser modificada por la misma autoridad, adicionándola con una o más personas, o reubicándola cuando compruebe que hubo error, caso en el cual deberá ubicársele en el puesto que le corresponda.

De acuerdo con lo anterior se infiere que dentro de los 5 días siguientes a la publicación de la lista de elegibles la entidad interesada en el concurso, podrá solicitar a la Comisión la exclusión de la lista de la persona que figure en ella cuando se compruebe alguna de las irregularidades descritas en el artículo 14 de dicha normatividad, e igualmente puede modificarla cuando se compruebe que su inclusión se dio por causa de un error aritmético en la valoración de los puntajes de las distintas pruebas.

Es importante precisar que la modificación a la lista de elegibles se puede realizar antes de que la misma haya cobrado firmeza.

De lo contrario, si la lista fuera inmodificable desde su conformación, impediría que los aspirantes que se crean lesionados en sus derechos frente al concurso pudieran exigir correcciones. Por ello la Ley estableció un término de 5 días siguientes a la publicación para presentar reclamaciones, con el fin de que la entidad verifique su situación y en caso de considerarlo procedente, cambie su status dentro del proceso.

En consecuencia no prospera el cargo.

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

FALLA

Declarase la nulidad del aparte demandado "salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba" contenida en el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005 expedido por el Gobierno Nacional.

Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópíese, notifíquese, comuníquese y en firme esta providencia archívese el expediente.

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

VICTO (SIC) HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTA DE PIE DE PÁGINA

¹Ley 909 de 2005, artículo 31 numeral 5.