

LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA CNSC FRENTE A LOS MANUALES DE FUNCIONES QUE FUNDAMENTAN LA OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA DE LOS CONCURSOS

“La CNSC sí está legitimada materialmente por pasiva para pronunciarse sobre la pretensión de nulidad de los manuales específicos de funciones, toda vez que estos son la base para la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) y cualquier modificación o, incluso, anulación de estos, podría tener efectos sobre la validez del acuerdo de la convocatoria.”

ELEMENTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL VICIO DE EXPEDICIÓN IRREGULAR POR LA OMISIÓN DE PUBLICACIÓN PREVIA DE LOS PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN

“El incumplimiento del requisito de publicación previa de los proyectos específicos de regulación, previsto en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, no vicia por sí solo el acto administrativo de carácter general, por cuanto, tanto esta Corporación como la doctrina, han señalado de manera reiterada que, en virtud de los principios constitucionales de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y de eficacia de la función administrativa, las irregularidades formales que no tengan trascendencia en los derechos y garantías fundamentales como el debido proceso, pueden ser subsanadas y no implican necesariamente la anulación del acto. En ese orden de ideas, para definir la trascendencia de la irregularidad que puede llevar a la anulación del acto administrativo es posible acudir, inicialmente, a un criterio eminentemente normativo, según el cual, si un precepto jurídico positivo le da el carácter de esencial a una formalidad, su incumplimiento puede generar la nulidad del acto, lo cual ocurre, por ejemplo, con la consulta previa. Luego, de no existir disposiciones en el anterior sentido, la determinación de la importancia de los requisitos formales en un caso concreto puede ser objeto de ponderación, esto es, de un ejercicio comparativo en el que se busca un equilibrio práctico entre, por un lado, los principios o derechos que subyacen a las reglas sobre las formalidades a las que debía sujetarse la manifestación unilateral de voluntad de la administración y, por el otro, de los que, en sentido contrario, propugnan por la eficacia de la actuación administrativa en un caso concreto.”

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-25-000-2018-01551-00(5060-18)

Actor: SHIRLY GÓMEZ GARCÍA E ISAÍAS BLANCO MORENO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y MUNICIPIO DE TOCANCIPÁ.

Referencia: COMPETENCIA DE LOS ALCALDES PARA PROFERIR LOS MANUALES ESPECÍFICOS DE FUNCIONES DE LOS EMPLEOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO. PUBLICIDAD DE LOS PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN. PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL DESPUÉS DE SU EXPEDICIÓN.

I. ASUNTO

La Sala de Subsección dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso judicial tramitado en virtud del medio de control de nulidad simple de que trata el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), promovido a través de apoderado por los señores Shirly Gómez García e Isaías Blanco Moreno, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y el Municipio de Tocancipá.

II. DEMANDA¹

• Pretensión

Se pide la nulidad de los siguientes actos administrativos²:

- **Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018**, expedido por la CNSC, «por el cual se establecen las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Tocancipá “proceso de selección n.º 582 de 2017 – Cundinamarca”».
- **Decreto 071 del 23 de agosto de 2016**, proferido por el alcalde de Tocancipá, «por el cual se modifica y ajusta el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Municipio de Tocancipá, Cundinamarca».
- **Decreto 038 del 5 de junio de 2017**, emitido por el alcalde de Tocancipá, «por el cual se compila, modifica y adiciona el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Alcaldía de Tocancipá».
- **Decreto 093 del 28 de noviembre de 2017**, emanado del alcalde de Tocancipá, «por el cual se compila, modifica y adiciona el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Alcaldía de Tocancipá».

¹ Folios 423-446 (demanda) y 455-458 (escrito de subsanación) del cuaderno físico principal.

² Del listado de actos acusados se excluye el que en la demanda es denominado «convocatoria conjunta sin fecha ni lugar de emisión» suscrita por el presidente de la CNSC y el alcalde de Tocancipá, en la medida en que en el auto admisorio de este proceso se determinó que no es susceptible de control judicial: ver folios 460-462 *ibidem*.

Los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión se resumen a continuación:

- **Hechos**

De acuerdo con la parte demandante, la CNSC y el Municipio de Tocancipá concertaron la emisión del Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018, que reglamentó el concurso de méritos para proveer los empleos de carrera administrativa de ese ente territorial, en el marco del proceso de selección n.º 582 de 2017 de Cundinamarca. En ese sentido, señaló que los Decretos 071 de 2016, 038 y 093 de 2017, proferidos por el alcalde de Tocancipá, por los cuales se modificó y compiló el manual específico de funciones de dicho municipio, conforman un acto administrativo complejo con el mencionado acuerdo, ya que sirvieron de base para la oferta de empleos de la convocatoria adelantada por la CNSC. Sobre esos decretos, manifestó que se expidieron sin que el alcalde contara con las facultades que, para tales efectos, debió otorgarle el Concejo Municipal.

Además, indicó que antes de la emisión de los actos administrativos demandados, ni el alcalde de Tocancipá, ni la CNSC, publicaron los respectivos proyectos de decreto y de acuerdo, ni sus estudios previos, para que fueran discutidos con las organizaciones sindicales presentes en el ente territorial y con la sociedad en general. En esa ilación, sostuvo que en el sitio web de la CNSC no existe un enlace destinado a publicar los proyectos de regulación normativa de dicha entidad y tampoco están habilitados instrumentos que permitan la participación ciudadana con la presentación de observaciones o sugerencias y la posibilidad de conocer las respuestas frente a ellas.

Por otro lado, aseveró que no existe constancia de publicación en el Diario Oficial o en la gaceta territorial de los actos acusados, después de que estos fueron expedidos.

Adicionalmente, expuso que el alcalde del ente territorial demandado (periodo 2016-2019), impetró una acción de lesividad en contra del «proceso de reestructuración» adelantado en ese municipio en el año 2013 (no se identificó el acto administrativo demandado), la cual, en el momento de presentación de la demanda (18 de octubre de 2018), estaba en espera de ser resuelta en segunda instancia, después de que fueron denegadas las pretensiones en la primera³. Sobre esto, señaló que es un pleito pendiente que podría afectar el concurso de méritos que aquí se estudia.

- **Normas violadas y concepto de violación**

Se alega la violación de las siguientes normas:

³ En la demanda se informa que la segunda instancia de dicho proceso es de conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y su radicado es el 25899333300220160015604.

- Constitución Política de 1991: preámbulo y artículos 1.º, 2.º, 13, 29 (inciso 1.º), 40 (numeral 2.º), 125 (incisos 1.º y 3.º) y 209.
- Ley 136 de 1994: artículos 77 y 131 (numeral 15 y parágrafo 2.º).
- Ley 962 de 2005: artículos 3.º (incisos 3.º, 6.º y 7.º), 6.º (parágrafos 1.º, 2.º y 3.º) y 7.º (inciso 1.º),
- CPACA: artículos 3.º (numeral 6.º) y 8.º (numeral 8.º).
- Decreto 1083 de 2015: artículo 2.2.2.6.1 (parágrafo 3.º).
- Circular Externa del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) 100-09 de 2015.
- Ley 909 de 2004: artículo 31.

En el concepto de violación, el apoderado de los demandantes transcribió algunos extractos de jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en los que se trataron temas relacionados con el principio de legalidad, la competencia como presupuesto de la validez de los actos administrativos y sobre la seguridad jurídica que se requiere respecto de las reglas de las convocatorias a los concursos de méritos de la carrera administrativa⁴.

Además, aseguró que la falta de publicación previa de los proyectos de los actos administrativos demandados viola la «Ley de participación ciudadana» y la Circular n.º 100-09 del DAFP, toda vez que dicha actuación era necesaria para garantizar el derecho a la participación de las organizaciones sindicales y de la comunidad en general en la configuración de dichas normas.

Igualmente, sostuvo que la falta de publicación de los actos acusados después de su expedición, en la gaceta territorial de Tocancipá y en el Diario Oficial, transgrede el artículo 65 del CPACA sobre el deber de publicación a través de este medio de los actos administrativos de carácter general. En ese sentido, el abogado de los demandantes abordó los conceptos de existencia, eficacia y validez del acto administrativo, frente a lo que concluyó lo siguiente: «Entonces, respecto de los actos administrativos generales, el requisito de la publicidad solamente puede catalogarse como presupuesto de eficacia frente al mismo acto»⁵.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Comisión Nacional del Servicio Civil⁶

En su contestación, la apoderada de la CNSC propuso la excepción que denominó «falta de legitimación material en la causa por pasiva respecto de las pretensiones a, b y c», que tienen que ver con la nulidad de los decretos proferidos por el alcalde de

⁴ En relación con el Consejo de Estado hizo la siguiente cita: «[...] Sala de Consulta y Servicio Civil [del] 19 de agosto de 2016 dentro del radicado n.º 11001-03-06-000-2016-00128-00 (2307) [...]». Por su parte, de la Corte Constitucional transcribió algunos apartes de la sentencia T-180 de 2015.

⁵ Folio 440 del cuaderno físico principal.

⁶ Folios 524-535 *ibidem*.

Tocancipá. Además de esto, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y pidió que se condene en costas y gastos del proceso a los demandantes.

Sobre lo primero, aseveró que esa Comisión es una entidad autónoma e independiente frente a las demás ramas y órganos del poder público, y que sus funciones están enmarcadas en la administración y vigilancia de la carrera administrativa. En ese sentido, precisó que en dichas funciones no está incluida la coadministración de las plantas de personal de las entidades estatales, lo cual es competencia exclusiva de sus representantes legales. De esta manera, sostuvo que la CNSC no debe responder como demandada por los decretos expedidos por el alcalde de Tocancipá, ya que esa entidad no intervino y tampoco debía intervenir en su configuración y emisión.

Acerca del fondo del asunto planteado en la demanda, aseguró que el Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018, acusado en este medio de control, fue proferido con observancia de las normas superiores, por lo que no se debe anular. Como sustento de lo anterior, advirtió que la presunta falta de publicidad de la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa de la Alcaldía de Tocancipá se desvirtúa a partir de la evidente participación de 7088 personas en dicho certamen, quienes se inscribieron como aspirantes en el concurso de méritos gracias a su difusión, con lo cual se cumplió con lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 4.º del acuerdo, que prevé que la primera fase del proceso de selección es la convocatoria y su divulgación.

Según la apoderada, dicha publicación se hizo desde el 8 de febrero de 2018, a través de la web de la Comisión (www.cnsc.gov.co), tal y como lo hizo constar el asesor de Informática de esa entidad en un documento que aportó como prueba al proceso. En ese orden de ideas, señaló que la divulgación del certamen cumplió con lo preceptuado en el artículo 2.2.6.6 del Decreto 1083 de 2015, que prevé que el aviso de convocatoria se ha de publicar con una antelación no inferior a cinco días hábiles a la fecha de iniciación de las inscripciones, las cuales empezaron el 15 de febrero siguiente.

Del mismo modo, respecto de la etapa previa a la expedición del acuerdo demandado, indicó que la CNSC llevó a cabo sendas reuniones el 19 de octubre y el 22 de noviembre de 2017, a las que asistieron «personas del municipio de Tocancipá», y en las cuales se aclararon temas relacionados con la Oferta Pública de Empleos de Carrera y con el manual específico de funciones del mencionado ente territorial. Asimismo, expuso que en dichas reuniones se brindó información sobre los canales de atención de peticiones en el marco del concurso, que podían ser presentadas telefónicamente y mediante correo electrónico. Frente a esto, llamó la atención sobre el hecho de que los demandantes presentaron solicitudes por este último medio, el 18 y 30 de abril, y el 13 de noviembre de 2018, y todas fueron respondidas por la Comisión.

En concordancia con lo precedente, la apoderada señaló que los señores Shirly Gómez García e Isaías Blanco Moreno tuvieron la oportunidad de participar en la convocatoria, tal y como se puede constatar con el registro de sus respectivas

inscripciones en el concurso, las cuales aportó con la contestación de la demanda. Sin embargo, precisó que estas personas no obtuvieron la puntuación necesaria para ganar el derecho a ocupar los cargos de carrera administrativa a los que se presentaron. En todo caso, informó que en el momento de contestar la demanda (28 de agosto de 2019), el proceso de selección 582 de 2017 de la Alcaldía de Tocancipá ya había finalizado con la conformación de la lista de elegibles, empero, que esta no estaba en firme por una solicitud de exclusión de ella de una persona, la cual fue realizada por la Comisión de Personal del municipio.

Finalmente, propuso la excepción que llamó «innominada», por la cual pide que se declaren todas aquellas que resulten probadas en el proceso. Asimismo, sobre la condena en costas para los demandantes, la abogada sostuvo que esta se justifica en el despliegue administrativo y las erogaciones económicas que se vio obligada a hacer la CNSC para contestar la demanda y, para tales efectos, pidió que se tenga en cuenta el Acuerdo PSAA-16-10554 del 5 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o, en su defecto, el que esté vigente en el momento del fallo.

Municipio de Tocancipá⁷

La apoderada del ente territorial se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Como fundamento de dicha oposición manifestó que los actos administrativos demandados fueron debidamente publicados en la página web del municipio, de acuerdo con lo certificado por la jefe de Comunicaciones y Prensa de la Alcaldía de Tocancipá, con lo que se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 65 del CPACA. En esa ilación, aseguró que la publicidad del concurso se puede evidenciar con la participación en este de personas provenientes de diferentes lugares del país y no solo de ciudadanos oriundos de la mencionada localidad, además de que todos los concursantes tuvieron la oportunidad para presentar peticiones, quejas, reclamos o sugerencias en el marco del certamen.

Adicionalmente, sostuvo que la parte demandante no individualizó a las organizaciones sindicales a las que supuestamente se les había negado el derecho a participar en la configuración del concurso, que todos los actos acusados están revestidos de presunción de legalidad, que los decretos municipales no requerían autorización del Concejo para ser expedidos y que en el momento en el que fue contestada la demanda (30 de agosto de 2019), ya estaban provistas todas las vacantes convocadas a concurso de méritos mediante el acuerdo de la CNSC demandado en este proceso.

IV. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

⁷ Folios 730-739 *ibidem*.

En el término de traslado de las excepciones, el apoderado de los demandantes se pronunció sobre las que fueron propuestas por la CNSC⁸. Respecto de la alegada falta de legitimación material en la causa por pasiva, indicó que, de acuerdo con el artículo 130 de la Constitución, esa Comisión es la encargada de vigilar y controlar los sistemas de carrera administrativa y, además, conforme lo prevé el literal b., del artículo 7.º del Acuerdo 001 de 2004 expedido por dicha entidad, esta tiene entre sus funciones: «dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido los 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».

De conformidad con lo anterior, aseveró que la CNSC es responsable por la omisión en el cumplimiento de su función de vigilar la expedición de los decretos municipales demandados, los cuales conforman una unidad temática o un acto administrativo complejo con el acuerdo que reglamentó la convocatoria. Así, señaló que la falta de publicación de los decretos compromete la legalidad del concurso, y sostuvo que ello también genera responsabilidad patrimonial para la Comisión frente a las irregularidades en la expedición de dichos actos administrativos.

Por su parte, frente al hecho de la participación de los demandantes como aspirantes en la convocatoria reglamentada por el acuerdo acusado, explicó que esta se dio gracias a que ellos tenían la calidad de servidores públicos del Municipio de Tocancipá y esa circunstancia les permitió conocer la información sobre el concurso de méritos. No obstante, aseveró que tal posibilidad le fue negada a «la totalidad de la población colombiana», a la que se le impidió concursar por la falta de publicación de los actos acusados.

Por último, el apoderado advirtió que la CNSC no especificó si la excepción por falta de legitimación material en la causa por pasiva es una excepción previa o de mérito, lo cual, según él, ante una jurisdicción rogada como la de lo contencioso administrativo, obliga al juez a determinar cuál es el trámite que se le debe dar.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 14 de julio de 2020, y en aplicación del numeral 1.º del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de ese año⁹, el despacho sustanciador incorporó las pruebas aportadas y dispuso correr traslado a las partes para alegar por escrito, prescindiendo de la celebración de la audiencia inicial¹⁰.

⁸ Folios 741-742 *ibidem*.

⁹ D. Leg. 801/2020, art. 13, n.º 1: «Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito [...]».

¹⁰ Ver índice 44 del expediente digital que se puede consultar en el sistema Samai del Consejo de Estado.

Parte demandante¹¹

Sobre los decretos municipales, el abogado de los demandantes aseguró que, contrario a lo sostenido por el ente territorial, los proyectos y estudios previos de dichos actos administrativos no fueron publicados antes de su expedición, para que fueran discutidos con las organizaciones sindicales presentes en Tocancipá, y con la sociedad en general, lo cual era un requisito para su formación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 8.º de la Ley 962 de 2005, el numeral 6.º del artículo 3.º y el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA.

En ese orden de ideas, afirmó que la apoderada del municipio trató de inducir al error al confundir la publicación del acto definitivo reglamentada en el artículo 65 del CPACA, con el deber de publicación previa para las observaciones ciudadanas que garantiza el derecho a la participación de todas las personas en la adopción de estas decisiones, lo cual, según el abogado, no fue desvirtuado por el ente territorial. En todo caso, frente a esto último también aseveró que el Municipio de Tocancipá no publicó los decretos municipales demandados en la forma prevista en el artículo 65 antes enunciado y en el inciso octavo del artículo 7.º de la Ley 962 de 2005, pues dichos preceptos legales establecen que la publicación se debe hacer tanto en la página web de la entidad como en su diario oficial. A esto añadió que no se indicó cuál era el enlace específico para acceder a los decretos y que la certificación aportada con la contestación de la demanda sobre dicha publicación no cumple con los requisitos para ser prueba idónea según la Ley 527 de 1999 (no se mencionó ningún artículo de esta ley), y por ello solo puede tenerse como testimonio escrito sin traslado a la contraparte.

Por otro lado, en lo referido al Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018¹², hizo los mismos reparos respecto de la publicidad previa y posterior a la expedición de dicho acto administrativo, para lo cual invocó las normas legales anteriormente mencionadas. Además, agregó que lo señalado en el artículo 33 de la Ley 909 de 2004, sobre la definición de la página web de la CNSC como medio de publicación preferente en las convocatorias, no excluye el deber de hacerlo también a través del Diario Oficial.

Finalmente, reiteró sus pretensiones y asimismo pidió que se condene en costas a las entidades demandadas.

CNSC¹³

La apoderada de la CNSC insistió en los argumentos de la contestación de la demanda sobre el cumplimiento por parte de esa entidad del deber de publicar el acuerdo demandado, y advirtió que el proceso de selección ya había terminado. Del

¹¹ Índice 47 *ibidem*.

¹² También menciona a la «convocatoria conjunta sin fecha ni lugar de emisión» suscrita por el presidente de la CNSC y el alcalde de Tocancipá como uno de los actos administrativos demandados, a pesar de que, como ya se advirtió, este fue excluido del control judicial en este proceso.

¹³ Índice 46 del expediente digital.

mismo modo, volvió sobre la alegada falta de legitimación material en la causa por pasiva frente a la nulidad de los decretos proferidos por el alcalde de Tocancipá.

Municipio de Tocancipá¹⁴

La abogada del ente territorial reiteró sus argumentos iniciales y además pidió que se condene en costas a los demandantes.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto en este proceso¹⁵. En él pidió que se denieguen las pretensiones de la demanda y, por ende, que se mantenga la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados. Para el efecto, expuso las siguientes razones:

Después de repasar los argumentos de la demanda, sostuvo que el litigio se circunscribe a la supuesta falta a los deberes de la CNSC y del Municipio de Tocancipá de publicar los actos acusados y sus estudios técnicos antes de su expedición, para que, en virtud del principio de participación ciudadana, las organizaciones sindicales de dicho ente territorial y la sociedad en general pudieran intervenir en su configuración.

Así pues, señaló que la Circular Externa 100-09-2015 del DAFP, que fue invocada en el concepto de violación de la demanda, no es aplicable a la elaboración de los manuales de funciones de las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial, puesto que dicho documento se refiere a cuestiones diferentes, como son el rediseño institucional o la modificación de la estructura interna y de la planta de personal, por lo que debe descartarse la transgresión de esa circular.

Por otro lado, la Agencia del Ministerio Público sostuvo que la demanda no cumplió con la exigencia del numeral 4.º del artículo 162 del CPACA, toda vez que no hay indicación de las normas legales infringidas en lo relativo a la violación del principio de participación ciudadana, más allá de la enunciación genérica o abstracta de los preceptos de la Constitución Política invocados. En esa ilación, la procuradora señaló que el análisis de la violación de las normas superiores al acto administrativo debe empezar desde la concreción de dicha transgresión a las de inferior jerarquía, subiendo por la escala jerárquica hasta llegar a la cúspide de la pirámide normativa que es la Carta de 1991. Por esto, aseveró que en este caso se dificulta que el juez emita una decisión de fondo y, por lo tanto, lo puede llevar a inhibirse en el asunto.

En lo que tiene que ver con la mención del párrafo 3.º del artículo 2.2.2.6.1. del Decreto 1083 de 2015 y el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, indicó que dichas disposiciones podrían llevar a entender que el Municipio de Tocancipá tenía el deber

¹⁴ Índice 49 *ibidem*.

¹⁵ Índice 53 *ibidem*.

de mantener información disponible para la ciudadanía acerca de las modificaciones, ampliaciones o actualizaciones de su planta de personal. No obstante, la procuradora precisó que lo anterior debe ser objeto de prueba, sobre todo en lo referido a las presuntas acciones llevadas a cabo por el ente territorial para evitar la participación de la ciudadanía en la expedición de los decretos demandados, las cuales aseguró que no fueron aportadas por la parte demandante.

En el mismo sentido, el Ministerio Público manifestó que no se mencionaron elementos materiales de juicio que lleven a dar crédito a las afirmaciones sobre las actuaciones de la CNSC para ocultar, impedir o dificultar la participación de las organizaciones sindicales de Tocancipá y de los ciudadanos en general en el proceso de la convocatoria. En todo caso, advirtió que no es claro que el Decreto 1083 de 2015 sea aplicable al mencionado ente territorial, pues los artículos 2.1.1.2 y 2.2.2.1.1 de dicho reglamento dan a entender que este rige frente a las entidades del orden nacional.

Por último, la procuradora señaló que la publicación en el Diario Oficial no es la única forma de darle publicidad al acuerdo proferido por la CNSC, y que en la página web se puede consultar dicho acto administrativo, el cual tiene fecha de publicación del 18 de enero de 2018. Asimismo, sostuvo que no es posible declarar la nulidad pretendida, en la medida en que no hay datos sobre, entre otros temas, el número de inscritos, las pruebas realizadas y la existencia de la lista de elegibles, que son aspectos necesarios para acreditar la validez y eficacia de la convocatoria. Igualmente, llamó la atención sobre el imperativo constitucional de promover los concursos de méritos para el acceso a los cargos públicos, respecto de lo cual estimó necesario evitar cualquier dilación.

VII. CONSIDERACIONES

CUESTIONES PREVIAS

i. Sobre la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva propuesta por la CNSC

La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad que tienen las partes de proponer o controvertir las pretensiones planteadas en la demanda, al ser sujetos procesales con interés, por activa o pasiva, en la relación jurídico sustancial que se ventila en el proceso. En ese sentido, a la parte pasiva de la *litis* le asiste una legitimación en la causa cuando se encuentra en una relación directa con las pretensiones de la demanda.

Así, con la notificación del auto admisorio, a quien se le vincula en la calidad de demandado, le asiste la legitimación procesal para intervenir en el trámite judicial con el objetivo de ejercer sus derechos de contradicción y defensa, lo que hace parte de la denominada legitimación de hecho o procesal. Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha identificado otra clase de legitimación denominada «material», que alude a la participación en los hechos que originan la demanda, circunstancia que ha llevado a afirmar que esta es una excepción «mixta» que debe abordarse necesariamente en el momento de proferirse la sentencia, comoquiera que es allí donde debe dilucidarse si existe esa relación entre la parte demandante y demandada con respecto a la pretensión formulada¹⁶.

De esta manera, en el caso concreto, la Sala considera que la legitimación discutida por la CNSC frente a las pretensiones de nulidad de los decretos proferidos por el alcalde de Tocancipá es de carácter material, en la medida en que dicha entidad argumenta que no tuvo participación en su expedición y tampoco le competía hacerlo. Por lo tanto, se trata de una excepción mixta, que ha de ser resuelta en esta sentencia.

Así pues, en lo relativo al fondo de lo planteado por la CNSC, aquí se estima que no hay lugar a declarar probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva, toda vez que, tal y como fue advertido en el auto admisorio de la demanda¹⁷, existe conexidad entre el Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018, proferido por el presidente de esa Comisión y por el cual se definieron las reglas del concurso abierto de méritos para proveer los empleos de carrera administrativa del Municipio de Tocancipá, y los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016, 038 del 5 de junio de 2017 y 093 del 28 de noviembre de ese mismo año, proferidos por el alcalde de Tocancipá y por los cuales se compiló, modificó y adicionó el manual específico de funciones y competencias laborales de los empleos de la planta de personal de la Alcaldía de ese municipio.

Lo anterior, por cuanto, como lo ha señalado esta Subsección¹⁸, los manuales específicos de funciones son la base para la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC), por medio de la cual las entidades beneficiarias le comunican al ente responsable de la elaboración del concurso de méritos las plazas que se encuentran vacantes definitivamente, con la identificación detallada de los empleos a proveer, la descripción de su contenido funcional y el perfil de competencias necesarias para ocupar los cargos, buscando que estos sean provistos a través del respectivo proceso de selección.

De conformidad con lo dicho, la CNSC, como ente responsable del concurso de méritos que se estudia en este medio de control, sí está legitimada materialmente en la causa para pronunciarse frente a la legalidad de los decretos municipales referidos al manual específico de funciones que sirvió de fundamento de la OPEC

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, auto del 5 de julio de 2018, rad. 05001-23-33-000-2016-01082-01(0900-18).

¹⁷ Folios 460-462 del cuaderno físico principal.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 30 de abril de 2020, rad. 11001-03-25-000-2014-00675-00 (2084-2014).

entregada por la entidad beneficiaria para la estructuración del certamen, en la medida en que cualquier modificación o, incluso, anulación de estos, podría tener efectos sobre la validez del acuerdo de la convocatoria.

Por lo precedente, se concluye que esta excepción no tiene vocación de prosperar.

ii. Acerca de la existencia de un pleito pendiente en este asunto

En los hechos de la demanda se afirmó que en el presente caso existe un pleito pendiente, en la medida en que el alcalde de Tocancipá (periodo 2016-2019) impetró una acción de lesividad en contra del proceso de reestructuración adelantado en ese municipio en el año 2013 (sin que para tales efectos se indicara cuáles fueron los actos administrativos acusados), que estaba en espera de ser resuelta en segunda instancia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁹.

Al respecto, cabe advertir que el pleito pendiente es una excepción previa consagrada en el numeral 8.º del artículo 100 del CGP²⁰, aplicable en la jurisdicción de lo contencioso administrativo por virtud de la remisión normativa del artículo 306 del CPACA²¹ y actualmente por disposición expresa del párrafo segundo del artículo 175 *ibidem*, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021²². En ese sentido, por su carácter previo, esta excepción debe ser alegada por la parte demandada o, en su defecto, puede ser declarada de oficio por el juez en el curso del trámite²³ o en la sentencia²⁴.

De esta manera, dado que las entidades demandadas no propusieron esta excepción, le corresponde a la Sala pronunciarse de oficio sobre ella, respecto de lo cual, aquí se considera que no hay lugar a declararla, porque si bien, al tratarse en este caso de una simple nulidad en la que la identidad de parte demandante no

¹⁹ En el proceso con radicado 25899333300220160015604.

²⁰ CGP, art. 100, n.º 8: «Excepciones previas. Salvo disposición en contrario, **el demandado** podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda: [...]

8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto [...]». (Negrita fuera de texto).

²¹ CPACA, art. 306: «Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo».

²² CPACA, art. 175, par. 2.º: «[...] Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión [...]».

²³ CPACA, art. 180, n.º 5: «Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: [...]

5. Saneamiento. El juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias [...]».

²⁴ CPACA, art. 187: «[...] En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada [...]».

se constituye en un requisito fundamental para su configuración, el proceso invocado como pleito pendiente no versa sobre el mismo asunto que aquí se debate, pues en dicho trámite no se impugnó la legalidad de ninguno de los actos administrativos acusados en el presente medio de control²⁵.

Esta postura se acompasa con lo sostenido al respecto por esta Corporación, que ha indicado que esta excepción previa supone la existencia, en forma concurrente, de otro proceso judicial, en el que sean idénticos el *petitum*, las partes y la *causa petendi*²⁶, condiciones que, se reitera, en el presente asunto no se encuentran cumplidas.

²⁵ En el proceso del cual la parte demandante predicó la existencia de un pleito pendiente, se demandaron los siguientes actos administrativos de carácter municipal:

- Decreto 061 de 27 de septiembre de 2013, «Por el cual se adopta la estructura del Municipio de Tocancipá y se señalan las funciones de sus Dependencias y se dictan otras disposiciones».
- Decreto 062 de 27 de septiembre de 2013, «Por el cual se modifica la escala salarial del Municipio de Tocancipá y se dictan disposiciones relacionadas con su administración».
- Decreto 069 de 23 de octubre de 2013, «Por el cual se establece la planta de personal del Municipio de Tocancipá y se dictan disposiciones relacionadas con su administración».
- Decreto 073 de 08 de noviembre de 2013, «POR EL CUAL SE MODIFICAN PARCIALMENTE LOS DECRETOS 061 Y 062 DEL 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013».
- Decreto 050 de 23 de julio de 2014, «Por el cual se ponen en vigencia los Decretos No. 061 y 062 de 2013 del 27 de septiembre de 2013».
- Decreto 052 de 23 de julio de 2014, «Por el cual se aclara el Decreto No. 069 de 2013 por el cual se estableció la planta de personal del Municipio de Tocancipá y se dictan disposiciones relacionadas con su administración».
- Decreto 053 de 23 de julio de 2014, «Por el cual se adopta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Alcaldía de Tocancipá».
- Resolución 249 de 29 de julio de 2014, «POR LA CUAL SE INCORPORAN A LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE TOCANCIPÁ, NIVEL CENTRAL».
- Decreto 062 de 18 de septiembre de 2014, «POR EL CUAL SE CREA UN EMPLEO DENTRO DE LA PLANTA GLOBAL DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE TOCANCIPÁ, SE FIJAN SUS FUNCIONES Y SE ADICIONA EL DECRETO No. 053 DE 2014».
- Decreto 063 de 18 de septiembre de 2014, «POR EL CUAL SE MODIFICA EL DECRETO No. 053 DE 2014 “POR EL CUAL SE ADOPTA EL MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES PARA LOS EMPLEOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ALCALDÍA DE TOCANCIPÁ».
- Decreto 030 de 12 de mayo de 2015, «POR EL CUAL SE SUPRIME UN EMPLEO Y SE CREAN OTROS DENTRO DE LA PLANTA GLOBAL DE PERSONAL, SE MODIFICAN Y ADICIONAN LOS DECRETOS No, 069 de 2013 y 052 DE 2014 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES».
- Decreto 031 de 12 de mayo de 2015, «POR EL CUAL SE COMPILA, MODIFICA Y ADICIONA EL MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES PARA LOS EMPLEOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ALCALDÍA DE TOCANCIPÁ».

Este proceso finalizó con la sentencia del 8 de abril de 2021, en la que la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca determinó, entre otras cosas, declarar la nulidad de los Decretos 073 de 08 de noviembre de 2013 y 050 de 23 de julio de 2014.

²⁶ Estos requisitos han sido explicados de la siguiente manera:

«a. *QUE EXISTA OTRO PROCESO EN CURSO: Es necesario este supuesto para la configuración de la excepción de pleito pendiente porque en caso de que el otro no esté en curso sino terminado y se presentaran los demás supuestos, no se configuraría dicha excepción sino la de cosa juzgada. Nótese la similitud entre ambas figuras, pues para que exista cosa juzgada es necesario también que se presenten simultáneamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 332 del C. P. C., los siguientes requisitos: que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; que se funde en la misma causa que el anterior y que haya identidad jurídica de partes. Sin embargo, esas dos clases de excepciones tienen características propias que las diferencian: si bien ambas pueden proponerse como previas (num. 8 e inc. final art. 97 C. P. C.), los efectos de la excepción de cosa juzgada es impedir la decisión de un nuevo proceso que tenga por objeto un mismo asunto que*

iii. Respeto del concepto de violación de la demanda y el pronunciamiento inhibitorio sugerido por el Ministerio Público

La Sala advierte, de manera similar a como lo hizo el Ministerio Público, que la demanda tiene algunos defectos de técnica, en la medida en que los argumentos de nulidad frente a los actos acusados fueron expresados tanto en los hechos, como con la indicación de las normas violadas y también en el acápite del concepto de violación. Sin embargo, aquí se estima que es posible emitir un pronunciamiento de fondo en este asunto, pues en el marco de lo contenido en la demanda, es deber del juez de lo contencioso administrativo interpretarla cuando esta no sea clara²⁷.

ya fue debatido y que es objeto de cosa juzgada, mientras que la excepción de pleito pendiente es de naturaleza preventiva, pues busca evitar que se configure contradictoriamente la cosa juzgada. En ese sentido el pleito pendiente se presenta cuando existen dos o más procesos cuya decisión definitiva produzca cosa juzgada frente al otro o los otros.

b. **QUE LAS PRETENSIONES SEAN IDÉNTICAS:** *Las pretensiones de los dos procesos frente a los cuales se pretenda formular la excepción de pleito pendiente deben ser las mismas para que la decisión de una de las pretensiones produzca la cosa juzgada en el otro, porque en caso contrario, es decir en el evento en que las pretensiones no sean las mismas, los efectos de la decisión de uno de esos procesos serían diferentes pues no habría cosa juzgada y por lo tanto no habría lugar a detener el trámite de uno de los procesos. Es importante tener en cuenta la naturaleza jurídica de la pretensión porque es ella la que determina la clase de proceso que se adelanta; al respecto la doctrina²⁶ explica este requisito desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la pretensión: “La pretensión comprende el objeto de litigio (la cosa o el bien y el derecho que se reclama o persigue) la causa jurídica que sirve de fundamento a esta petición. Si cambian aquéllos o ésta, la pretensión varía necesariamente, lo que es fundamental para la determinación del contenido de la cosa juzgada, de la sentencia congruente y de la litis pendiente. De este modo, en un sentido procesal riguroso, el objeto litigioso no se confunde con la pretensión, sino que es el objeto de ésta, y es un error identificar los dos términos, porque sobre un mismo objeto litigioso pueden existir pretensiones diversas o análogas, pero con distinto fundamento o causa, y esto las diferencia claramente (por ejemplo, se puede pretender el dominio de una cosa por haberla comprado, o prescrito o heredado, etc., o su sola tenencia).*

c. **QUE LAS PARTES SEAN LAS MISMAS:** *Es evidente que para la prosperidad de la excepción de pleito pendiente debe existir identidad en las partes tanto en uno como en otro proceso, porque de lo contrario las partes entre sí no tendrían pendiente pleito y además tampoco se configuraría la cosa juzgada toda vez que la decisión en un proceso conformado por partes diferentes respecto de otro proceso, no incidiría frente a la del último.*

d. **QUE LOS PROCESOS ESTÉN FUNDAMENTADOS EN LOS MISMOS HECHOS:** *Si este requisito se estructura en la identidad de causa petendi; al respecto la doctrina²⁶ lo explica así: “[d]e tales elementos conviene en este caso concreto tener presente el concepto de la causa petendi fundamento de la pretensión, de la cual dice algún procesalista que está constituida por ‘los acaecimientos de la vida en que se apoya, no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de la realidad a que la pretensión se refiere’ de modo que ella ‘no es lo que permite al juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse’ (Guasp, Derecho Procesal Civil, Madrid, 1956, pág. 423) (XCVI, 312)»: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 16 de septiembre de 2004, rad. 25000-23-26-000-2002-1426-02 (25057) y Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de mayo de 2018, rad. 68001-23-31-000-1999-01452-01(41186).*

²⁷ «[E]l actor de un proceso contencioso administrativo tiene la importante carga de orientar la labor del juez, que resulta satisfecha si la demanda reúne los presupuestos descritos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, especialmente el relacionado con la indicación de “los fundamentos de derecho de las pretensiones” que, en tratándose de la impugnación de actos administrativos, precisa la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de violación. No obstante, sin que signifique el desconocimiento del carácter rogado de esta jurisdicción ni la sustitución o relevo de las cargas impuestas por la ley a las partes, el juez administrativo también está en la obligación de interpretar las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia en la Constitución y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo, como también

En ese sentido, lo relacionado con la idea enunciada en el acápite de los hechos del libelo introductorio, sobre la expedición sin autorización del Concejo de los decretos municipales que modificaron el manual específico de funciones de la Alcaldía de Tocancipá, se estudiará bajo la causal de nulidad de falta de competencia del alcalde de ese ente territorial para proferir dichos actos administrativos.

Por otro lado, la pretermisión de una fase procedimental de publicidad previa a la emisión de los actos administrativos acusados para que la ciudadanía pudiera participar en la configuración de dichas normas se analizará bajo la causal de expedición irregular.

Finalmente, lo relativo a la publicación de los actos administrativos en la gaceta territorial y en el Diario Oficial después de que estos fueron proferidos se abordará desde la causal de nulidad por violación del ordenamiento superior, concretamente, por el desconocimiento de lo previsto en el artículo 65 del CPACA.

Así, los problemas jurídicos a resolver en esta sentencia son los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

1. ¿El alcalde de Tocancipá tenía la competencia para expedir los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016, y 038 del 5 de junio y 093 del 28 de noviembre de 2017, por los cuales se modificó, adicionó y compiló el manual específico de funciones y competencias laborales de ese ente territorial, sin contar para tales efectos con la autorización del Concejo?
2. ¿Los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por su expedición irregular al haberse omitido la publicación previa de sus proyectos de norma para permitir la participación ciudadana en su configuración?
3. ¿Los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por la violación de las normas en que debían fundarse en cuanto a los defectos de la publicación posterior a su expedición?

Primer problema jurídico

¿El alcalde de Tocancipá tenía la competencia para expedir los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016, y 038 del 5 de junio y 093 del 28 de noviembre de 2017, por los cuales se modificó, adicionó y compiló el manual específico de funciones y

es correlativo al derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia. El límite a la interpretación de la demanda por parte del juez en estos eventos está marcado por la iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tener por demandado lo que no surge del libelo introductorio»: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 20 de enero de 2006, rad. 3836.

competencias laborales de ese ente territorial, sin contar para tales efectos con la autorización del Concejo?

Tesis de la Sala: Por virtud de lo dispuesto en el numeral 7.º del artículo 315 de la Constitución, y el artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015, el alcalde de Tocancipá tenía la competencia para expedir los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016, y 038 del 5 de junio y 093 del 28 de noviembre de 2017, directamente y sin autorización del Concejo de ese ente territorial. Esto según los siguientes argumentos:

- *La competencia como presupuesto de validez de los actos administrativos*

El proceso de formación y expedición de un acto administrativo corresponde a la administración, como sujeto activo al que se le ha asignado la competencia necesaria para, a través de tal mecanismo, adopte determinaciones unilaterales por medio de las cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. De acuerdo con ello, para que esa manifestación de voluntad estatal sea válida se requiere, entre otras condiciones, que al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia o elemento subjetivo del acto administrativo, que se refiere tanto a la institución, entidad u órgano, como al individuo que lo profiere²⁸.

Así pues, la competencia administrativa se determina a partir de la identificación de funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas, pues no de otra forma se puede delimitar el campo de acción dentro del cual le es dado desenvolverse a una autoridad administrativa.

- *Caso concreto*

En este caso, la Sala considera que el alcalde de Tocancipá sí tenía la competencia para expedir los decretos municipales demandados, que modificaron, adicionaron y compilaron el manual específico de funciones de los empleos de ese ente territorial²⁹, en la medida en que el numeral 7.º del artículo 315 de la Constitución

²⁸ «Respecto del elemento subjetivo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que el requisito de la competencia del órgano o funcionario como elemento del acto significa que éste debe emanar de un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y dentro de los límites de su competencia (auto de marzo 9 de 1971, Anales de 1971, Tomo 80, página 367). Es, en otros términos, lo que establece nuestra Constitución cuando dispone que no habrá ningún empleo público que no tenga las funciones señaladas por ley o reglamento [Cfr. artículo 122 de la Constitución de 1991]»: MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ y DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, *Causales de anulación de los actos administrativos*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1988, pp. 19-20.

²⁹ Los manuales específicos de funciones «pueden ser entendidos como una herramienta de gestión del empleo que establece en forma detallada las responsabilidades, labores y facultades propias de cada cargo que compone la planta de personal, al igual que las exigencias para su desempeño, las cuales están referidas a conocimientos, experiencia y otros factores con los que se miden las aptitudes requeridas para ocupar un determinado empleo»: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto de ponente del 15 de enero de 2020, rad. 11001-03-25-000-2019-00084-00(0351-19).

Política le asignó directamente tal atribución, pues dicha disposición consagra lo siguiente:

«ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde: [...]

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, **señalarles funciones especiales** y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado [...]. (Negrita fuera de texto).

De esta manera, el alcalde es quien tiene la competencia para señalar las funciones especiales de los empleos de las dependencias municipales a través de su manual específico de funciones, sin necesidad de contar con autorización para tales efectos por parte del concejo municipal, pues, conforme con lo previsto en el numeral 6.º del artículo 313 superior, las atribuciones de estas corporaciones frente a este tema se circunscriben a definir «la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias».

En esa ilación, se entiende que a los concejos municipales les corresponde establecer, a partir de los fines y las funciones que debe satisfacer la administración municipal, las diferentes entidades que la integrarán y, al interior de estas, las áreas, departamentos, secretarías, dependencias u oficinas que, por medio de la coordinación armónica, deben alcanzar los objetivos propios de cada organismo. En desarrollo de dicha labor, los concejos deben identificar de manera general las actividades que corresponde ejercer a cada una de las dependencias de la administración municipal, pues no de otra forma podrían cumplir con el mandato constitucional de diseñar su estructura.

Sin embargo, ello no significa que estas corporaciones públicas tengan la competencia exclusiva para definir las funciones de los empleos que integran la planta de personal de todos los organismos que conforman la administración pública, toda vez que, como ya se dijo, por disposición del numeral 7.º del artículo 315 de la Constitución, será el mandatario local quien, como máxima autoridad ejecutiva del nivel municipal o distrital, expida el manual en el que se defina el contenido funcional de los empleos de todas las dependencias que componen la entidad, sin que para ejercer dicha atribución deba contar con autorización alguna ni con un acto de delegación pues se trata de una función propia, norma que es desarrollada en el artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015³⁰ («Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»), que establece que el jefe de la entidad es quien tiene la competencia para expedir el manual

³⁰ Texto vigente en el momento de presentación de la demanda, antes de su modificación por el artículo 4.º del Decreto 498 de 2020: «Expedición. Los organismos y entidades a los cuales se refiere el presente Título expedirán el manual específico de funciones y de competencias laborales describiendo las funciones que correspondan a los empleos de la planta de personal y determinando los requisitos exigidos para su ejercicio.

La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante resolución interna del jefe del organismo o entidad, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el presente Título». (Negrita fuera de texto).

específico de funciones, y que es aplicable a las entidades territoriales en virtud de lo previsto en el inciso segundo del artículo 2.2.2.1.1 *ibidem*³¹.

En conclusión: Por virtud de lo dispuesto en el numeral 7.º del artículo 315 de la Constitución y el artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015, el alcalde de Tocancipá tenía la competencia para expedir los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016, y 038 del 5 de junio y 093 del 28 de noviembre de 2017, directamente y sin autorización del Concejo de ese ente territorial.

Segundo problema jurídico

¿Los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por su expedición irregular al haberse omitido la publicación previa de sus proyectos de norma para permitir la participación ciudadana en su configuración?

Tesis de la Sala: Los actos administrativos demandados no están viciados de nulidad por expedición irregular, toda vez que, si bien no se acreditó la publicación previa de sus proyectos de norma para efectos de garantizar la participación ciudadana según lo prevé el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, en la ponderación de principios enfrentados en el caso concreto con este defecto procedimental, tiene más peso relativo el de la eficacia en la función administrativa,

³¹ D. 1083/2015, art. 2.2.2.1.1: «Ámbito de aplicación. El presente Título rige para los empleos públicos pertenecientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Entes Universitarios Autónomos, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional.

Las disposiciones contenidas en el presente Título serán aplicables, igualmente, a las entidades que teniendo sistemas especiales de nomenclatura y clasificación de empleos, se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004, así como para aquellas que están sometidas a un sistema específico de carrera.

El presente Título no se aplica a los organismos y entidades cuyas funciones y requisitos están o sean definidas por la Constitución o la ley». (Negrita fuera de texto).

Comentario de la Sala: En efecto, si bien el título en el que está contenido el artículo 2.2.2.6.1 señala que este trata de las «funciones y requisitos generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de los organismos y entidades del orden nacional», el inciso segundo del artículo 2.2.2.1.1 transcrito, prevé la aplicación de esas normas también para los entes territoriales, porque si bien estos tienen un sistema especial de nomenclatura y clasificación de empleos regulado en el Decreto Ley 785 de 2005 («por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004»), estas se rigen por la Ley 909 de 2004, de acuerdo con lo señalado en el literal c. del numeral 1.º del artículo 3.º de esta última norma (Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos: [...]

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados [...]).

que ampara al mantenimiento de la presunción de legalidad de los decretos y el acuerdo acusados. Esto, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- *El vicio de expedición irregular*

Este vicio o causal de nulidad de los actos administrativos se predica de los defectos en el elemento formal del acto, el cual comprende dos aspectos a saber: el procedimiento y la forma de la declaración³². Sobre lo primero, la expedición irregular se configura cuando se incumplen las condiciones y fases previstas en el ordenamiento jurídico para la formación del acto. Y frente a lo segundo, el vicio se presenta en los casos en los que la manifestación unilateral de voluntad de la administración adolece de formalidades esenciales para su validez, tales como la motivación.

En ese sentido, el elemento formal del acto que protege esta causal de nulidad, obedece tanto a razones de orden interno de la administración, como al respeto de las garantías y derechos de las personas³³, lo cual puede referirse a requisitos tendientes a garantizar cuestiones como la igualdad y la participación de los interesados en la formación del acto, otorgar las oportunidades que correspondan para el ejercicio de los derechos a la defensa o contradicción y también para asegurar la autenticidad o veracidad del acto administrativo.

No obstante, es necesario precisar que, tanto esta Corporación como la doctrina, han señalado de manera reiterada que, en virtud de los principios constitucionales de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal³⁴ y de eficacia de la función administrativa³⁵, las irregularidades formales que no tengan trascendencia en los derechos y garantías fundamentales como el debido proceso, pueden ser subsanadas y no implican necesariamente la anulación del acto. Así, la irregularidad que tiene vocación de llevar al juez a declarar la nulidad es la que compromete un presupuesto básico de la decisión o la que tuvo incidencia en su sentido final³⁶.

En efecto, en el Consejo de Estado se ha dicho al respecto que³⁷:

«La expedición irregular como vicio anulante de los actos administrativos se configura cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que

³² Cfr. MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ y DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 27.

³³ *Ibidem*.

³⁴ CP, art. 228: «La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y **en ellas prevalecerá el derecho sustancial**. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo». (Negrita fuera de texto).

³⁵ CP, art. 209: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, **eficacia**, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]».

³⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 18 de enero de 1994, rad. 2779 y en la doctrina: Cfr. MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ y DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 87 y LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO, *Manual del acto administrativo*, 7.ª ed., Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2016, pp. 551-552.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 27 de enero de 2011, rad. 11001-03-28-000-2010-00007-00.

establecen el procedimiento para su formación o la forma como éste debe presentarse. **Cuando el acto es expedido con vicios en el trámite debe verificarse si éstos son de una suficiencia tal que afecten el sentido de la decisión.** Si la irregularidad en el proceso logra afectar la decisión por cuanto es sustancial o trascendente, el acto será anulable por expedición irregular, caso contrario, es decir, cuando el defecto es formal e intrascendente, no hay lugar a decretar su anulación». (Negrita fuera de texto).

Y desde la doctrina, Largacha Martínez y Posse Velásquez indicaron lo siguiente³⁸:

«[D]ebe precisarse que no toda irregularidad en la forma que afecte los anteriores principios da lugar a la invalidez o ineficacia del acto [...] los vicios de carácter puramente accidental, instituido solamente en beneficio de la administración, son irregularidades que no alcanzan a desvirtuar la naturaleza de los procedimientos, **luego no son causal de nulidad, sino cuando sea razonable suponer que de haberse cumplido con esta formalidad accidental se habría producido un cambio en el contenido de la voluntad administrativa**». (Negrita fuera de texto).

Ahora bien, para definir la trascendencia de la irregularidad que puede llevar a la anulación del acto administrativo es posible acudir, inicialmente, a un criterio eminentemente normativo, según el cual, si un precepto jurídico positivo le da el carácter de esencial a una formalidad, su incumplimiento puede generar la nulidad del acto³⁹, lo cual ocurre, por ejemplo, con la consulta previa⁴⁰. Luego, de no existir disposiciones en el anterior sentido, la determinación de la importancia de los requisitos formales en un caso concreto puede ser objeto de ponderación, esto es, de un ejercicio comparativo en el que se busca un equilibrio práctico⁴¹ entre, por un lado, los principios o derechos que subyacen a las reglas sobre las formalidades a las que debía sujetarse la manifestación unilateral de voluntad de la administración y, por el otro, de los que, en sentido contrario, propugnan por la eficacia de la actuación administrativa en un caso concreto. Así pues, a continuación, se abordará lo relacionado con el mecanismo de la ponderación y la solución de la colisión de principios.

- *La ponderación como juicio para solucionar la colisión de principios*

En la teoría del derecho contemporánea⁴² y en la jurisprudencia nacional⁴³, se ha introducido el concepto de ponderación, como un mecanismo a través del cual se busca resolver los conflictos que surgen en la aplicación de los principios o derechos fundamentales que se encuentren en un plano de igualdad jerárquica en la pirámide de fuentes del ordenamiento jurídico. Estos principios son entendidos como normas

³⁸ MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ y DANIEL POSSE VELÁSQUEZ, *op. cit.*, p. 98

³⁹ *Ibidem*, p. 99.

⁴⁰ CPACA, art. 46: «Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, **so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar**». (Negrita fuera de texto).

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1995.

⁴² Cfr. ROBERT ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 95, citado en: CARLOS BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 96.

⁴³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-027 de 2018 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 15 de abril de 2013, rad. 44001-23-33-000-2012-00079-01(AC).

con estructura abierta o mandatos de optimización, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. Así, la operación en comento implica que, cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.

Lo precedente se diferencia de la forma tradicional de aplicar las reglas, las cuales, por su estructura condicional hipotética (si A, entonces debe ser B), pueden ser adjudicadas silogísticamente o mediante la subsunción⁴⁴, y cuyas colisiones se resuelven a través de los criterios de solución de antinomias previstos en la ley⁴⁵.

Ahora bien, en la ponderación, para definir en cada caso esa «mayor medida posible» en la que debe materializarse un principio, es necesario confrontarlo con su opuesto, el cual puede estar contenido explícitamente en una norma de estructura abierta o, del mismo modo, implícitamente en la redacción de una regla (como ocurre, por lo general, con los requisitos formales de los actos administrativos). Cuando esta operación se realiza, como ya se advirtió, se dice que hay una colisión de principios, pues, en un caso concreto, resultan relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan, *prima facie*, dos normas incompatibles entre sí y que pueden ser propuestas como soluciones para el asunto estudiado⁴⁶. De acuerdo con la Corte Constitucional, este tipo de situaciones se presentan porque⁴⁷:

«[L]a Constitución prevé un amplio catálogo de derechos, los cuales tienen una clara dimensión normativa; sin embargo, esta es abierta, en la medida que no define cómo o en qué términos estos deben ser garantizados. Es más, la Constitución, como regla general, no determina cuál debe ser el nivel –ya sea *mínimo*, *máximo* o *uno intermedio*– de satisfacción de los derechos [...]».

De esta manera, en lo relativo a la solución de la colisión de principios, desde la doctrina⁴⁸ se ha elaborado un procedimiento para tales efectos que consiste en: (i) definir la importancia de la satisfacción o afectación de uno de los que estén confrontados; (ii) determinar la importancia de la satisfacción del mandato de optimización que juega en sentido contrario y, (iii) concretar si la importancia de la satisfacción del principio opuesto justifica la afectación o no satisfacción del otro. En esa ilación, el grado de afectación de estos principios puede determinarse mediante el uso de una escala trídica de tres grados o intensidades a saber: leve, medio o

⁴⁴ CARLOS BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 95.

⁴⁵ L. 57/1887, art. 5: «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª. La disposición relativa á un asunto especial prefiere á la que tenga carácter general;

2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y el estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública».

⁴⁶ Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-027 de 2018.

⁴⁸ Cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 98.

intenso⁴⁹. Adicionalmente, es necesario tener en cuenta el «peso abstracto»⁵⁰ de las normas de textura abierta en colisión, lo que puede ser determinado, entre otras variables, por la jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho de los preceptos que las contienen (*v. gr.* Constitución vs. Ley) y, por último, es necesario referirse a la certeza de las apreciaciones sobre los hechos del caso, las cuales, en la medida en que tengan un mayor grado de demostración, más peso le darán al principio que respaldan⁵¹.

- *Sobre la publicidad previa de los proyectos específicos de regulación*

Esta Subsección⁵² ha indicado que es una realidad que las nuevas dinámicas a las que responde el Estado social de derecho propenden en mayor medida por la democratización del procedimiento administrativo. Este propósito se ve reflejado en disposiciones constitucionales como el artículo 1.º superior, conforme al cual el Estado colombiano se encuentra organizado bajo la forma de república democrática, participativa y pluralista; el artículo 2.º, que indica que uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; así como el 209 *ibidem*, que al contemplar los principios que rigen la función administrativa, prevé los de interés general y publicidad.

Por su parte, la Ley 489 de 1998 indicó que la función administrativa debe desarrollarse, entre otros, conforme a los principios de participación, publicidad y transparencia y su ejercicio debe consultar siempre el interés general⁵³. En armonía con ello, el artículo 32⁵⁴ *ibidem* prevé que, en cumplimiento de la obligación que tienen todas las entidades estatales de atender los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública, deben involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en su formulación, ejecución, control y evaluación.

Con tal fin, la norma prevé como posibles acciones (i) la convocatoria a audiencias públicas; (ii) la incorporación de políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana en sus planes de desarrollo y de gestión; (iii) la difusión y promoción de los derechos ciudadanos relativos al correcto funcionamiento de la administración pública; (iv) el incentivo de la formación de asociaciones que representen los intereses de los usuarios y ciudadanos; (v) el apoyo a los mecanismos de control social que se constituyan; y (vi) la aplicación de herramientas que le otorguen transparencia a la función administrativa.

El CPACA también contiene los principios que guían las decisiones de las autoridades, entre otros, los del debido proceso, transparencia, publicidad y

⁴⁹ *Ibidem*, p. 100.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 101.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 2 de julio de 2020, rad. 11001-03-25-000-2017-00032-00 (0098-2017).

⁵³ L. 489/1998, arts. 3 y 4.

⁵⁴ Artículo modificado por el artículo 78 de la Ley 1474 de 2011.

participación. Sobre este último, el numeral 6.º del artículo 3.º de dicha codificación, señala que constituye el fundamento para que las autoridades promuevan y atiendan las iniciativas que adelanten los ciudadanos, organizaciones y comunidades, con el fin de intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Por su parte, el artículo 8.º, numeral 8.º del CPACA, consagra el deber que tienen las entidades estatales y los particulares que cumplan funciones administrativas, de mantener informados a los administrados de los proyectos de actos administrativos de carácter general y abstracto que pretendan expedir en ejercicio de su potestad regulatoria. Al respecto señala la disposición:

«ARTÍCULO 8.º. DEBER DE INFORMACIÓN AL PÚBLICO. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

[...]

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general [...].»

Como puede observarse, la norma contempla una etapa previa a la definición y expedición de las regulaciones, consistente en compartirle a la comunidad el contenido de estas en borrador. Este mecanismo tiene como propósito garantizar la participación de las personas que eventualmente podrían verse afectadas por aquellas, lo que permite que el proceso de diseño de dichos actos administrativos tenga en consideración los intereses de los grupos sobre los cuales podrían llegar a tener un impacto. Sin duda alguna, esto beneficia la forma en que se desarrolla la actividad regulatoria de la administración, pues la democratización de las decisiones estatales redundará en pro de su legitimidad y en una mayor transparencia en su adopción.

No obstante, es importante señalar que esta garantía no influye en la unilateralidad que caracteriza al acto administrativo, pues las observaciones que en tal virtud realicen los interesados carecen de cualquier efecto vinculante para las autoridades, quienes, por ende, en la expedición de dichas decisiones no se encuentran sometidas más que a la Constitución y a la ley, particularmente a los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 superior, al igual que aquellos que prevé su artículo 1.º y a los fines estatales de que trata el artículo 2.º *ibidem*.

Frente a esta cuestión, el 14 de septiembre de 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁵⁵ se pronunció respecto del alcance del artículo 8.º,

⁵⁵ Si bien es cierto que conforme al artículo 112 del CPACA los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no son vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario, nada obsta para que, al constituir opiniones técnico jurídicas emitidas por esta Corporación en ejercicio de la función asesora o consultiva que le asigna el artículo 237-3 superior, sirvan de apoyo en la fundamentación de una determinada decisión judicial, no porque propiamente se le reconozca algún

numeral 8.º del CPACA, para precisar que la expresión «proyectos específicos de regulación» debe entenderse como toda propuesta de acto administrativo general y abstracto que pretenda ser expedida por una autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia. De igual manera, destacó la posibilidad de restringir la exigencia de este deber cuando (i) exista ley especial en la materia y (ii) se trate de procedimientos militares o de policía que requieran decisiones de ejecución inmediata a efectos de evitar o remediar perturbaciones del orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas⁵⁶.

En lo que se refiere al plazo para la recepción de las observaciones, la misma Sala sostuvo que debe fijarse buscando alcanzar un equilibrio que permita la más amplia participación ciudadana posible sin que ello repercuta negativamente o demore en exceso el normal desarrollo de las competencias de las autoridades administrativas. Por tal motivo, estimó que, en tales casos, se debe garantizar que la sociedad pueda intervenir durante un periodo que resulte razonable, proporcional y adecuado⁵⁷.

Respecto de la competencia para establecer dicho plazo, el concepto en cuestión hizo énfasis en que fue atribuida de forma expresa a las autoridades que se encuentran sujetas al deber de publicar los proyectos específicos de regulación. En tal virtud, precisó que no es posible que el presidente de la República se arrogue dicha facultad, sin embargo, sí resulta admisible que, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, establezca mediante decreto los criterios o parámetros que deben tomar en consideración las autoridades para la determinación de dicho plazo, y reglamente los demás aspectos necesarios para la adecuada y efectiva aplicación del mandato legal en estudio, lo cual, en lo relativo a los actos administrativos generales del Ejecutivo nacional, está normado en el Decreto 1081 de 2015⁵⁸, y en lo que concierne a este caso, en materia de la expedición de los manuales específicos de funciones, el parágrafo 3.º del artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente⁵⁹:

«Parágrafo 3.º (**Adicionado por el Decreto 51 del 16 de enero de 2018, artículo 1.º**): En el marco de lo señalado en el numeral 8 del artículo 8.º de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las entidades deberán publicar, por el término señalado en su reglamentación, las modificaciones o actualizaciones al manual específico de funciones y de competencias laborales. La administración, previo a la expedición del acto administrativo lo

tipo de obligatoriedad sino porque el funcionario encargado de administrar justicia encuentra ajustados los razonamientos aducidos en tales conceptos.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de septiembre de 2016; rad. 11001030600020160006600 (2291).

⁵⁷ Al respecto, adujo que «[...] la autoridad, para no violentar el principio de transparencia y ser consecuente con los principios que guían la actividad administrativa, especialmente los de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, y para no paralizar o afectar de forma inconveniente la actividad de la administración y lograr la satisfacción oportuna de los fines del Estado, debe establecer un plazo razonable, proporcional y adecuado, especialmente en situaciones que requieran una pronta actuación o decisión, para recibir las observaciones de los interesados. En este caso, se considera necesaria una motivación reforzada que acredite y justifique la legalidad del término [...]». *Ibid.*

⁵⁸ «Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República».

⁵⁹ Texto vigente en el momento en el que fue invocado por el demandante, antes de su modificación por el artículo 4.º del Decreto 498 de 2020.

socializará con las organizaciones sindicales. **Lo anterior sin perjuicio de la autonomía del jefe del organismo para adoptarlo, actualizarlo o modificarlo**». (Negrita fuera de texto).

Ahora bien, acerca de lo anterior es necesario precisar que no hay que confundir el deber de darle publicidad de los proyectos específicos de regulación con el de consulta previa, al que antes se hizo alusión como uno de los ejemplos en los que la ley establece un requisito formal que es esencial para la validez de los actos administrativos, pues, si bien ambos tienen fundamento constitucional en el principio de democracia participativa, se trata de instituciones autónomas que se estructuran bajo circunstancias diferentes y con sujeción a sus propias reglas⁶⁰.

En ese sentido, para que el incumplimiento de la obligación de publicar los mencionados proyectos conduzca a la nulidad del respectivo acto administrativo de carácter general, es necesario acudir al mecanismo de la ponderación, y así determinar la trascendencia de la afectación de la dimensión formal del acto, que se vea representada en la posibilidad real de haberse tomado una decisión diferente si la formalidad omitida o incumplida hubiese sido observada⁶¹.

- *Caso concreto*

En lo que tiene que ver con lo alegado en la demanda sobre la publicidad previa de los actos administrativos de carácter general, la Sala considera que en la expedición de los decretos municipales y del acuerdo de la CNSC demandados, las autoridades que los proferieron debieron realizar el trámite señalado en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA. En ese sentido, es cierto lo expuesto por la parte demandante

⁶⁰ Para los efectos del caso *sub examine*, basta con señalar que la consulta previa es un derecho fundamental cuya titularidad reside en los grupos étnicos del país, del cual hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. Aquel supone el deber de consultar a los pueblos interesados cuando se prevean acciones legislativas o administrativas capaces de afectarlos directamente en su integridad, costumbres, tradiciones, territorio, supervivencia física y otros aspectos. Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de marzo de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicación 13001-23-33-000-2017-00677-01(AC). La finalidad del derecho a la consulta previa consiste en propiciar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades interesadas respecto de las propuestas. En relación con su alcance, la Corte Constitucional ha señalado que no se agota en la divulgación de información sino que trasciende a una participación mucho más activa con ocasión de la cual las comunidades puedan, materialmente, manifestar su posición respecto de la medida a adoptar de manera tal que pueda incidir en la determinación que asuma el Estado. Por ello, ha precisado tal Corporación que «[...] Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros [...]» (Corte Constitucional, sentencia SU- 039 de 1997).

⁶¹ Así lo ha señalado también la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, que ha indicado que de la redacción del numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, que en su inciso final preceptúa que «en todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general», no puede concluirse que la pretermisión de este requisito dé lugar necesariamente a la nulidad de los actos administrativos que finalmente se proferían, pues la norma da a entender que la voluntad administrativa «no está vinculada por las opiniones dadas por los particulares en el trámite de la expedición de las regulaciones mencionadas»: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 7 de mayo de 2020, rad. 11001-23-27-000-2013-00029-00 (20498).

acerca de que el Municipio de Tocancipá no se refirió al tema de la publicidad previa de los decretos del alcalde sobre el manual específico de funciones de esa entidad, sino a su publicación posterior, y que las reuniones previas llevadas a cabo el 19 de octubre y el 22 de noviembre de 2017 por la CNSC⁶² en esa localidad, antes de expedir el Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018, no satisfacen lo consagrado en la norma legal en estudio.

A pesar de lo anterior, la Sala considera que en el caso que se analiza, si bien las entidades demandadas dejaron de aplicar una norma de rango legal que contiene una regla referida a una formalidad prevista para el ejercicio del derecho o principio de participación ciudadana en la configuración de los actos administrativos de carácter general, los decretos y el acuerdo acusados no deben ser anulados, en virtud del ejercicio de ponderación que se expone a continuación:

En este asunto se presentó una colisión entre los principios de participación ciudadana y de eficacia en la función administrativa. En ese sentido, inicialmente debe decirse que aquí se considera que el grado de afectación de la participación ciudadana fue leve, toda vez que, en el proceso no se alegó ni se probó que la omisión de la publicación de los proyectos de los actos administrativos demandados hubiera tenido repercusiones sobre el contenido final de las respectivas decisiones, a partir de propuestas concretas que presentara la comunidad en general acerca del contenido de estas.

Por su parte, de declararse la nulidad de los actos acusados por la razón esgrimida por la parte demandante, el grado de afectación del principio de eficacia de la función administrativa sería intenso, ya que una decisión en ese sentido implicaría invalidar un concurso de méritos que se llevó a cabo hasta su terminación, con la conformación de la lista de elegibles para ocupar los cargos de carrera administrativa vacantes en la Alcaldía de Tocancipá, amparado bajo la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Frente al peso abstracto del principio de participación ciudadana implícito en la regla de publicación de los proyectos específicos de regulación, esta Sala de Subsección estima que es medio, por cuanto, como ya se dijo, de la redacción de la norma legal antes mencionada se puede deducir que la publicación previa del acto administrativo de carácter general no es un requisito de su esencia, porque en todo caso la administración puede tomar unilateralmente la decisión que considere legal o conveniente, para declarar la nulidad de los actos acusados. Por su parte, respecto del principio de eficacia, también se valora con un peso medio, toda vez que su aplicación se ve condicionada por normas de diferente rango, que conducen la actuación administrativa con las garantías de los derechos de los administrados.

⁶² Los documentos que acreditan la realización de estas reuniones se pueden observar en los folios 71 y 72 del cuaderno físico de la solicitud de medida cautelar. Allí se observan dos listados de asistencia donde quienes participan en esa reunión son servidores o colaboradores de la Alcaldía de Tocancipá y de la CNSC y los temas que se trataron estuvieron relacionados con la OPEC y el manual específico de funciones del municipio.

Finalmente, en lo referido a la certeza de las apreciaciones sobre los hechos del caso, se reitera que en este medio de control no se probó que la omisión del requisito procedimental en comento haya tenido implicaciones en la decisión final adoptada por la administración. Así pues, en este trámite, la parte demandante no explicó ni demostró, por ejemplo, que la expedición del manual específico de funciones del municipio, que fue tomado como base para la OPEC del concurso de méritos, se apartó de los criterios de funcionalidad y cargas de trabajo, o que en el certamen reglamentado por el acuerdo acusado se quisiera privilegiar a determinadas personas, o que de alguna manera se estuvieran desarrollando las referidas competencias sin sujeción al principio del interés general. Así pues, por el contrario, en este caso sí resulta evidente que la anulación de los actos acusados implicaría la eventual vulneración de derechos y expectativas legítimas de los concursantes de la Convocatoria 582 de 2017 de la Alcaldía de Tocancipá.

Por esto, cabe concluir que la sola omisión del requisito de publicidad previa no es suficiente para invalidar el concurso, pues su legalidad también tiene la vocación de proteger otras importantes finalidades relacionadas con la realización del principio del mérito como pilar fundamental de la función pública, el principio de eficacia en la función administrativa y también garantizar el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, que puede materializarse, según el numeral 7.º del artículo 40 de la Constitución, a través del desempeño de funciones y cargos públicos.

Del mismo modo, se aclara que a los decretos municipales demandados, de los cuales el último en ser expedido fue el 093 del 28 de noviembre de 2017, no les resulta aplicable lo preceptuado en el párrafo 3.º del artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015, pues el deber concreto allí consagrado de publicar previamente las modificaciones o actualizaciones al manual específico de funciones y de competencias laborales, y la respectiva socialización en esta materia con las organizaciones sindicales, solo fue introducido en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la adición de dicha disposición por parte del Decreto 51 del 16 de enero de 2018, esto es, después de la emisión de esos actos administrativos.

En ese orden de ideas, se aclara que las demás normas invocadas como violadas en la demanda no conducen a una interpretación diferente a la que se acaba de realizar, pues, en lo que tiene que ver con las normas constitucionales que se citan (preámbulo y artículos 1.º, 2.º, 13, 29 [inciso. 1.º], 40 [numeral 2.º], 125 [incisos 1.º y 3.º] y 209), estas tienen una estructura abierta que no conlleva necesariamente a las conclusiones a las que llega el apoderado de los demandantes y requieren del ejercicio de ponderación aquí realizado. En lo relativo a los artículos 77 y 131 (numeral 15 y párrafo 2.º) de la Ley 136 de 1994⁶³, no es posible asignar por vía de analogía mandatos y funciones de los concejos municipales y de las juntas administradoras locales a los alcaldes. Asimismo, en la Ley 962 de 2005⁶⁴ (artículos

⁶³ «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios».

⁶⁴ «Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos».

3.º [incisos 3.º, 6.º y 7.º], 6.º [parágrafos 1.º, 2.º y 3.º] y 7.º [inciso 1.º]), no se establecen reglas frente a la publicación previa de los proyectos específicos de regulación y el artículo 3.º del CPACA se refiere a la enunciación general del principio de participación ciudadana que siempre debe ser concretado y sopesado con otros principios, derechos y valores del ordenamiento jurídico y el artículo 31 de la Ley 909 de 2004⁶⁵ trata sobre las etapas de los concursos de méritos. Finalmente, la Circular Externa 100-09 del 31 de agosto de 2015 del DAFP que se refiere a los «procesos de rediseño institucional o modificación de la estructura interna y/o de reforma de planta de empleos», no tiene la vocación de modificar lo previsto en la codificación sobre procedimiento administrativo.

Por lo dicho, esta Sala considera que, frente a este problema, debe primar la eficacia de los actos administrativos, lo que lleva a confirmar la presunción de legalidad de los que fueron acusados en este medio de control, lo cual, en todo caso, se predica sin perjuicio de otras sanciones previstas en ordenamiento jurídico por el incumplimiento del deber legal consagrado en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA.

En conclusión: Los actos administrativos demandados no están viciados de nulidad por expedición irregular, toda vez que, si bien no se acreditó la publicación previa de sus proyectos de norma para efectos de garantizar la participación ciudadana según lo prevé el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, en la ponderación de principios enfrentados en el caso concreto con este defecto procedimental, tiene más peso relativo el de la eficacia en la función administrativa, que ampara al mantenimiento de la presunción de legalidad de los decretos y el acuerdo acusados.

Tercer problema jurídico

¿Los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por la violación de las normas en que debían fundarse en cuanto a los defectos de la publicación posterior a su expedición?

Tesis de la Sala: Los actos administrativos acusados no están viciados por la violación de las normas en que debían fundarse porque los defectos de publicación posterior a la expedición de estos no afectan su validez sino su eficacia u oponibilidad frente a terceros. Esto según las razones que se exponen a continuación:

- *Caso concreto*

⁶⁵ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

Respecto de este problema jurídico, la Sala recuerda que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado⁶⁶ que la publicidad del acto administrativo, después de que este es expedido, no compromete su validez sino su eficacia y, por lo tanto, los defectos que en esta materia se presenten no llevan a declarar su nulidad. En ese sentido, en un caso en el que se hacían alegaciones similares a las de este, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia del 10 de octubre de 2019⁶⁷, indicó lo siguiente:

«[...] ante la ausencia o irregularidad de la publicación de los actos administrativos generales, **no se presenta una afectación o incidencia sobre la validez de los mismos, ni de la de los que, siendo de la misma naturaleza general, se expidan a partir de ellos.**

Entonces, la ausencia de publicación, notificación o comunicación no invalida en manera alguna el acto administrativo general, razón suficiente para considerar que esta cuarta inconformidad o censura de la parte demandante no prospera, al estar fundamentada en la presunta omisión en que incurrió la SDH **al no divulgar adecuadamente el Manual Específico de Funciones y Requisitos de los empleos de su planta de personal**, contenido en la Resolución 101 de 15 de abril de 2015 [...].» (Negrita fuera de texto).

Lo anterior, concuerda con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-957 de 1999, en la que esa Corporación dijo que «tratándose de actos administrativos de carácter general, la falta de publicidad impide la obligatoriedad y la oponibilidad del acto a los particulares (C.C.A., arts. 43 y 48), mas no se constituye en causal de nulidad del mismo (C.C.A., art. 84), por cuanto la publicación del acto no es requisito para su validez».

Finalmente, la Sala llama la atención acerca del hecho de que esta misma idea fue esbozada en la demanda, pues, como ya se advirtió, en esta se dijo que «[e]ntonces, respecto de los actos administrativos generales, el requisito de la publicidad solamente puede catalogarse como presupuesto de eficacia frente al mismo acto»⁶⁸. Además, se resalta que, con la contestación de la demanda, se aportaron las constancias de publicación de los Decretos 071 de 2016⁶⁹, y 038⁷⁰ y 093⁷¹ de 2017, y el Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018 puede ser consultado y descargado de la página web de la Comisión⁷².

En conclusión: Los actos administrativos acusados no están viciados por la violación de las normas en que debían fundarse porque los defectos de publicación posterior a la expedición de estos no afectan su validez sino su eficacia u oponibilidad frente a terceros.

⁶⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 18 de diciembre de 1997, rad. 3994; Sección Quinta, sentencia de 17 de marzo de 2005, rad.13001-23-31-000-2004-00003-01 (3321).

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena de Sección, sentencia del 10 de octubre de 2019, rad. 11001-03-25-000-2016-00988-00(4469-16).

⁶⁸ Folio 440 del cuaderno físico principal.

⁶⁹ Folio 537 *ibidem*.

⁷⁰ Folio 540 *ibidem*.

⁷¹ Folio 542 *ibidem*.

⁷² En el siguiente enlace: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-avisos-informativos-507-509-de-2017-municipios-de-cundinamarca>, consultado el 19 de mayo de 2021.

VIII. DECISIÓN

Por las razones anotadas, se denegarán las pretensiones de la demanda de nulidad presentada por los señores Shirley Gómez García e Isaías Blanco Moreno frente al Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018 proferido por el presidente de la CNSC y los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016 y 038 y 093 del 5 de junio y 28 de noviembre de 2017, respectivamente, emitidos por el alcalde de Tocancipá.

Sobre la condena en costas

En el presente asunto, al tratarse del medio de control de nulidad en el que se ventilan intereses públicos, no procede la condena en costas de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

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

FALLA

Primero: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad presentada por los señores Shirley Gómez García e Isaías Blanco Moreno frente al Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018 proferido por el presidente de la CNSC y los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016 y 038 y 093 del 5 de junio y 28 de noviembre de 2017, respectivamente, emitidos por el alcalde de Tocancipá.

Segundo: Aceptar la renuncia al poder otorgado a la abogada Sandra Nicolasa Organista Builes identificada con cédula de ciudadanía 52.646.082 y tarjeta profesional 122.856, por la Comisión Nacional del Servicio Civil⁷³.

Tercero: Aceptar la renuncia al poder otorgado a la abogada Tania Ojeda Vivi, identificada con cédula de ciudadanía 35.416.460 y tarjeta profesional 134.963, por el Municipio de Tocancipá⁷⁴.

Cuarto: Reconózcase personería para actuar en este proceso al abogado Oscar Javier Peña Muñoz, identificado con la cédula de ciudadanía 80.545.255 y portador

⁷³ De acuerdo con la solicitud obrante en el índice 55 del expediente digital, en la que indica que finalizó su contrato con la CNSC.

⁷⁴ De acuerdo con la solicitud obrante en el índice 58 del expediente digital, en la que indica que finalizó su contrato con el Municipio de Tocancipá.

de la tarjeta profesional 150.147, como apoderado del Municipio de Tocancipá, de conformidad con el poder que obra en el índice 60 del expediente digital⁷⁵.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>, en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.



⁷⁵ De acuerdo con el certificado 271492 del 28 de abril de 2021 de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el abogado no tiene sanciones disciplinarias que lo inhabiliten para actuar en este proceso.