



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B**

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017)

No. de Referencia: 11001032500020130108700 (2512-2013)
Demandante: José Gerardo Estupiñán Ramírez
Demandados: Comisión Nacional del Servicio Civil¹ e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario²
Tema: El requisito de tener menos de 25 años de edad al momento de la firmeza de la lista de elegibles, contenido en el artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012, es inconstitucional

La Sala conoce el proceso de la referencia con informe de la Secretaría de la Sección Segunda para fallo de única instancia.

La demanda

¹ En adelante CNSC.

² En adelante INPEC.

El señor José Gerardo Estupiñán Ramírez, en nombre propio, ejerció el medio de control de Nulidad Simple contra un apartado contenido en el numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, suscrito por el Presidente de la CNSC y el Director General del INPEC, «por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso - curso abierto de méritos el empleo Dragoneante, Código 4114 Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC». La disposición demandada, en lo subrayado, reza:

«Artículo 20. Requisitos para ser admitido en el proceso: Una vez inscrito el aspirante en el presente proceso de selección, para ser considerado admitido, deberá acreditar y cumplir con los siguientes requisitos:

a. Requisitos Generales:

(...)

2. Edad. Tener más de dieciocho años al momento de la inscripción y menos de veinticinco años de edad, al momento de la firmeza de la lista de elegibles. Para estos efectos, la CNSC advierte previamente que cada interesado en participar en la convocatoria, bajo su responsabilidad debe analizar la posibilidad de cumplir este requisito y realizar libremente su inscripción, a sabiendas que en desarrollo de las fases de la convocatoria puede presentarse la situación que el aspirante cumpla los 25 años de edad antes de culminar los siguientes momentos: la fase del concurso, o la fase del curso o antes de la firmeza de la lista de elegibles, caso en el cual será excluido de la convocatoria, por no cumplir el requisito de edad máxima para el hipotético nombramiento». (Subraya la Sala).

Afirmó el accionante, que el aparte demandado del referido acto administrativo, impuso una limitante injustificada para el acceso a un cargo público al imponer una edad máxima para poder ser seleccionado, vulnerando con ello el derecho a la igualdad que le asiste tanto a los funcionarios del INPEC, como a los ciudadanos mayores de 25 años que quisieran ingresar a la entidad. En criterio del demandante, el mencionado requisito es irrazonable y desproporcionado en relación con los fines constitucionales del cuerpo de custodia. Así mismo, estima que va en contravía de las mismas actuaciones administrativas previas del INPEC, pues dicha entidad,

anteriormente ha realizado otros concursos, especialmente de ascensos, en los que no se ha contemplado esta exigencia. La demanda no cuestiona que se fije una edad determinada para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, sino que esta edad se determine al momento de la firmeza de la lista de elegibles.

La demanda fue coadyuvada por los señores Eduardo Lindarte Clavijo, Marín Evelio Imbaquin Chávez, Dilber Fernando Portilla Rosas, Álvaro Fernando Gallardo Aza, Ramiro Esneider Ortiz Pedreros y Luis Ernesto Erazo Andrade. Los coadyuvantes agregaron en forma unánime, que en sentencia C-0811 de 2014, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994³, que fue uno de los fundamentos del Acuerdo demandado, el cual exigía la acreditación de 25 años de edad al momento del nombramiento en el cuerpo de custodia del INPEC. Explicaron, que la Corte consideró que dicho requisito constituía una discriminación injustificada y una restricción desproporcionada del derecho a concursar y a ocupar cargos de carrera administrativa. En ese sentido, indicaron que por haber sido declarada inconstitucional la norma que sirvió de fundamento al acto administrativo parcialmente demandado en este proceso, se debe declarar la nulidad de éste último.

Oposición a la demanda

El INPEC se pronunció⁴ defendiendo la legalidad del acto demandado, para lo cual arguyó, que no se puede comparar lo prescrito en el artículo acusado con aquello contemplado en el artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994,⁵ pues, el primero de ellos se refiere a un requisito de ingreso al proceso de selección, mientras que el segundo consagra una limitante que opera al momento del nombramiento como

³ Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

⁴ En memorial obrante a folios 44-55 del expediente.

⁵ Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

funcionario una vez se ha agotado la actuación administrativa que comprende el concurso.

La CNSC, por su parte, para oponerse a las pretensiones de la demanda señaló,⁶ que el Acuerdo 168 de 2012 por el cual se convocó al proceso de selección en el INPEC, además de tener como sustento el Decreto Ley 407 de 1994, también se soportó en la Ley 909 de 2004⁷ y sus decretos reglamentarios, los cuales se encuentran vigentes, por lo que, en su sentir, el análisis de legalidad del acto administrativo demandado debe considerar asimismo toda la normativa que regula la carrera administrativa penitenciaria y no sólo el mencionado decreto ley. Adicionalmente advirtió, que el requisito de edad para el caso del concurso en comento se impone para el acceso al cargo, mientras que el artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994⁸ consagra dicho requisito para limitar el ascenso en carrera penitenciaria.

Ambas entidades argumentaron, que en otros momentos, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han estimado que en virtud del carácter especialísimo y delicado de algunas funciones estatales, como lo es la de custodia y vigilancia, es constitucionalmente admisible que la edad se tenga como factor relevante para el ingreso, ascenso y retiro de sus funcionarios. Como soporte de su afirmación, referencian las sentencias T-395 de 1997⁹ y C-452 de 2005¹⁰ de la Corte Constitucional y el concepto No. 1648 de 23 de junio de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.¹¹

Alegatos de conclusión

⁶ En memorial obrante a folios 99-106 del expediente.

⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones.

⁸ Por el cual se estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

⁹ Con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰ Con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ Con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo.

El accionante alegó¹² que sus pretensiones apuntan a obtener la nulidad del contenido del artículo 20, numeral 2.º, del Acuerdo 168 de febrero 21 de 2012 proferido por la CNSC y el INPEC, y no sólo en lo referente a la expresión «*al momento en la firmeza de la lista de elegibles*».

Indicó, que en su criterio, resulta injustificado el requisito de 25 años como edad máxima para entrar al cuerpo de custodia, en razón a que tan sólo se necesitan 20 años de servicio para recibir la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, como la de guardia, y a que la edad de permanencia máxima en el ejercicio de esta actividad es de 55 años. En ese sentido consideró, que la norma demandada, en los términos en que fue redactada, no guarda proporcionalidad frente al desarrollo del concurso y la vida laboral probable de los aspirantes.

Adicionalmente expresó, que la aplicación de dicho requisito implica desestimar los exámenes médicos que determinan las condiciones físicas y mentales del candidato en forma independiente a su edad. En virtud de los argumentos expuestos reiteró, que el requisito en comento es irracional, innecesario y vulnera el principio de igualdad y del mérito.

Por su parte, el INPEC reiteró¹³ los argumentos esgrimidos al contestar la demanda y añadió, que al momento de la expedición del acto acusado, el marco normativo vigente para el ingreso al empleo de carrera administrativa penitenciaria era el Decreto Ley 407 de 1994,¹⁴ por lo que a su juicio, la inconstitucionalidad sobreviniente de su artículo 19 no puede afectar el concurso que está en marcha. Recalca, que de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006, los efectos jurídicos de los fallos de constitucionalidad se producen a partir de la fecha en

¹² Folios 190 a 193 del expediente.

¹³ Folios 194 a 197 del expediente.

¹⁴ Ib.

que la Corte adopte la decisión y que por lo tanto, no es procedente declarar la nulidad del Acuerdo 168 de 2012, por el cual la CNSC convoca al proceso de selección en el INPEC, con base en una jurisprudencia que no existía cuando fue expedido el mencionado acto.

La CNSC también alegó de conclusión ratificándose en los argumentos expuestos al contestar la demanda. Agregó, que el requisito de edad previsto en la Convocatoria demandada estuvo ajustado a la normativa y jurisprudencia vigentes, pues la sentencia de constitucionalidad alegada por la parte actora como desconocida genera efectos «*ex nunc*», es decir hacia el futuro, y por lo tanto no debe ser un factor determinante para la legalidad del acto.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, a través de su Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, solicitó declarar la nulidad de los enunciados normativos demandados, alegando que son vulneratorios del principio del mérito y del derecho al acceso a cargos públicos en condiciones igualitarias.

CONSIDERACIONES

Los cargos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por el INPEC y la CNSC, así como los razonamientos del Ministerio Público, muestran a esta Corporación, que el problema jurídico a resolverse en este proceso es el siguiente:

Determinar si la declaratoria de inexecutable de la regla que exigía acreditar 25 años de edad al momento del nombramiento en el cuerpo de custodia del INPEC, contenida en el numeral 2.º del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994, produce, respecto del numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, su pérdida de ejecutoriedad o decaimiento; y de ser ello así, si es posible su

juzgamiento; en cuyo caso, deberá la Corporación, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia aplicable al caso, establecer si el mencionado requisito de edad, constituye una transgresión al derecho a la igualdad.

Solución del problema jurídico

La proposición jurídica acusada del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012¹⁵ comprende el requisito de no superar los 25 años de edad al momento de entrar en firmeza la lista de elegibles. Tal como lo señala el mismo Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012¹⁶ en sus considerandos, y lo reafirman las entidades al contestar la demanda, el enunciado normativo censurado se soportó en el numeral 2.º del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994,¹⁷ norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-811 de 2014.¹⁸

El numeral 2.º del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994,¹⁹ señalaba:

«Artículo 119. Requisitos. Para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, se requiere acreditar los siguientes requisitos:

(...)

2. Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento.»

Como ya se indicó al inicio de esta providencia, el demandante cuestiona parcialmente el numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168

¹⁵ Por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso - curso abierto de méritos el empleo Dragoneante, Código 4114 Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, objeto de esta demanda.

¹⁶ Por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso - curso abierto de méritos el empleo Dragoneante, Código 4114 Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, objeto de esta demanda.

¹⁷ Por el cual se estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

¹⁸ Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

¹⁹ Por el cual se estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

de 21 de febrero de 2012,²⁰ en tanto establece como regla del concurso, entre otras, tener menos de 25 años de edad, al momento de la firmeza de la lista de elegibles, para lo cual agrega la norma:

«Para estos efectos, la CNSC advierte previamente que cada interesado en participar en la convocatoria, bajo su responsabilidad debe analizar la posibilidad de cumplir este requisito y realizar libremente su inscripción, a sabiendas que en desarrollo de las fases de la convocatoria puede presentarse la situación que el aspirante cumpla los 25 años de edad antes de culminar los siguientes momentos: la fase del concurso, o la fase del curso o antes de la firmeza de la lista de elegibles, caso en el cual será excluido de la convocatoria, por no cumplir el requisito de edad máxima para el hipotético nombramiento».

La comparación de los enunciados normativos antes transcritos revela, que el requisito de edad contenido en el numeral 2.º del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994,²¹ aludía a tener menos de 25 años al momento del nombramiento, mientras que la exigencia contenida en el numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012,²² se refiere es al momento de la firmeza de la lista de elegibles. Sobre el particular, en criterio de la Sala, si bien los supuestos de hecho de las normas transcritas son diferentes, sus efectos son los mismos, puesto que están orientadas a establecer que quienes superen los 25 años de edad no pueden ingresar a la carrera administrativa del INPEC como dragoneantes.

En ese orden de ideas, como la consecuencia jurídica que se deriva de las normas transcritas es la misma, pese a que contienen supuestos de hecho diferentes, entiende la Sala que se produjo el fenómeno jurídico del decaimiento del numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de

²⁰ Por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso - curso abierto de méritos el empleo Dragoneante, Código 4114 Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, objeto de esta demanda.

²¹ Por el cual se estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

²² Por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso - curso abierto de méritos el empleo Dragoneante, Código 4114 Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, objeto de esta demanda.

2012,²³ hoy definido en la Ley 1437 de 2011²⁴ como pérdida de ejecutoriedad. Por lo tanto, la Sala estima necesario estudiar si es posible el juzgamiento del enunciado normativo demandado, pese a que perdió ejecutoriedad, por la inconstitucionalidad sobreviniente de la norma que sirvió de fundamento para su expedición.

Juzgamiento de actos administrativos que han perdido ejecutoriedad

El decaimiento del acto administrativo es una de las causales de la pérdida de su fuerza ejecutoria, contenida en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

«Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. *Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*
(...)
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
(...).»

Ahora bien, desde la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de enero de 1991,²⁵ con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta Alandete, se inauguró en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo el criterio según el cual es posible el control jurisdiccional de los actos administrativos derogados o que perdieron su ejecutoriedad:

«... la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si

²³ Por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso - curso abierto de méritos el empleo Dragoneante, Código 4114 Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, objeto de esta demanda.

²⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁵ Expediente S-157.

ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho...».

Recientemente, esta Sala reiteró esta posición en sentencia de 7 diciembre de 2016,²⁶ en los siguientes términos:

«...la Corporación ha sostenido mayoritariamente, que la circunstancia que el acto administrativo demandado haya sido derogado o hubiere operado la figura del decaimiento, no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que tanto la derogatoria como el decaimiento sólo opera hacia el futuro y no afecta su validez. Además, pueda que sus disposiciones se encuentren produciendo efectos, aun después de su derogatoria o decaimiento, haciéndose viable el estudio de su legalidad.

Entonces, pese a ocurrir la derogatoria o el decaimiento del acto administrativo enjuiciado, hay lugar a estudiar de fondo el asunto, puesto que: i) pueda que el acto administrativo haya producido efectos y que los mismos aún estén surtiéndose; y ii) la ocurrencia del decaimiento no afecta la presunción de legalidad del acto y su control debe hacerse frente a las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de su expedición.

Visto desde otra óptica, la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez competente, por lo que, la derogatoria, el decaimiento o pérdida de ejecutoriedad no conlleva implícito el juicio de validez de los mismos.»²⁷

²⁶ Con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, proferida en el expediente 11001032500020120057100 (2139-2012), Actor: Sergio Antonio Escobar Jaimes, Demandadas: Nación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Asunto tratado: «*Los empleados vinculados a la planta de personal del Congreso de la República creada por la Ley 5ª de 1992, no tienen el derecho adquirido a percibir las prestaciones señaladas para los funcionarios pertenecientes a las plantas de personal establecidas por las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983*».

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 7 de diciembre de 2016 (Exp. 11001032500020120057100 (2139-2012) Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisett Ibarra Vélez

En el presente caso, como ya viene dicho, respecto del numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012²⁸, operó el fenómeno del decaimiento en virtud de la inconstitucionalidad sobreviniente de uno de sus fundamentos de derecho, esto es, el numeral 2.º del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994,²⁹ norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-811 de 2014.³⁰ No obstante, el acto administrativo parcialmente demandado continúa surtiendo efectos, pues, la Convocatoria que ordenó aperturar el mencionado Acuerdo 168 de 2012 todavía no ha finalizado en su totalidad, ya que con fundamento en sus resultados, la CNSC apenas ha integrado una sola lista de elegibles que es la contenida en la Resolución 20172120023085 de 4 de abril de 2017, lo que hace presumir a la Sala que faltan por elaborar más registros de elegibles, más aun si se tiene en cuenta que mediante la Resolución 20171020016225 del 3 de marzo de 2017, también publicada en la página web de dicha entidad, la CNSC estableció, en aplicación de la Ley 909 de 2004³¹ y sus decretos reglamentarios, el valor de los rubros que el INPEC tiene que cancelar para hacer uso de las listas de elegibles para proveer 13 empleos de carrera que se encuentran vacantes en las dependencias de este último.

En razón de esto, se hace necesario el estudio de legalidad por parte de esta Corporación de la disposición demandada.

Análisis del numeral 2º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012 a partir de los cargos de la demanda

Los cargos formulados por la parte demandante se sintetizan en que la CNSC y el INPEC vulneraron la Constitución y la ley, por cuanto en la

²⁸ Por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso - curso abierto de méritos el empleo Dragoneante, Código 4114 Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, objeto de esta demanda.

²⁹ Por el cual se estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

³⁰ Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

³¹ Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones.

Convocatoria demandada se impuso como requisito para concursar y ser designado en el cargo de Dragoneante, no ser mayor de 25 años al momento de entrar en firme la lista de elegibles.

Sobre el particular anota la Sala, que el requisito de no superar una edad para poder entrar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, objeto de discusión en este proceso, fue abordado por la Corte Constitucional en sentencia C-811 de 2014,³² al estudiar la exequibilidad del numeral 2.º del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994,³³ atrás transcrito. La Corte estudió dos cargos contra la disposición acusada, el primero, relativo al derecho a acceder a cargos públicos, y el segundo, relacionado con la prohibición de adoptar medidas discriminatorias en razón de la edad.

La Corte consideró, que al exigir un requisito de edad máxima en un momento posterior a la inscripción al concurso, se vulneran el derecho a la igualdad y el principio constitucional de la carrera administrativa. Esto, según la Corte, en cuanto el participante que entró en cumplimiento de los mismos requisitos que sus pares y ha superado triunfalmente el examen de méritos, pero que supera la edad máxima de 25 para entrar al cuerpo de custodia, se ve discriminado injustificadamente frente a los demás aspirantes que son más jóvenes, ya sea por días o meses y no por probar tener méritos superiores. Adicionalmente, indicó la Corte, que esta exigencia le impone una carga injustificada a los participantes, pues la duración del concurso es una circunstancia imprevisible y ajena a su control.

Por considerarlo de suma importancia para el análisis de las normas demandadas, a continuación la Sala transcribe in extenso los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-811 de 2014, para declarar la inexecuibilidad de la expresión «al

³² Con ponencia el Magistrado Mauricio González Cuervo.

³³ Por el cual se estableció el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

momento del nombramiento», contenida en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994.

«...este tribunal ha distinguido entre las exigencias de una edad mínima y las exigencias de una edad máxima, pues las primeras pueden superarse con el mero transcurso del tiempo y obedecen a la necesidad de verificar la madurez y el desarrollo físico de la persona, mientras que las segundas implican un obstáculo insuperable, pues el paso del tiempo no puede echarse atrás, ya que la superación de determinada edad es un rasgo permanente e irreversible. Por ello, su doctrina pacífica y reiterada ha sido la de que la edad, cuando se trata límites máximos, es un criterio semi sospechoso o problemático de diferenciación. Al tratarse de un criterio semi sospechoso, correspondería aplicar un test intermedio de igualdad.

4.7. Caso concreto.

4.7.1. Corresponde establecer si la expresión “al momento del nombramiento”, contenida en el numeral 2 del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, que regula los requisitos para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, desconoce el derecho fundamental a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y si constituye una discriminación injustificada por razón de la edad, al impedir que una persona que cumple con los requisitos de edad al momento de ingresar al curso de formación, y que ha demostrado tener los méritos y las condiciones necesarias, no pueda ingresar a dicho cuerpo. Para esto es preciso referirse a dos situaciones relevantes dentro de este régimen: el ingreso del aspirante seleccionado como alumno a la escuela penitenciaria nacional; y su ingreso al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional. (...).

4.7.3. Como se puede apreciar en el anterior recuento, el requisito de tener más de 18 años y menos de 25 años, se exige en dos oportunidades diferentes a los aspirantes a desempeñar el cargo de dragoneante. La primera al momento de ingresar como alumno a la escuela penitenciaria nacional, para tomar el curso de formación. La segunda al momento de nombrar al aspirante como dragoneante.

4.7.4. Entre los dos momentos antedichos hay una serie de acontecimientos que pueden ser relevantes. El primero es la duración del curso, tanto en lo que atañe a la formación propiamente dicha

como a las calificaciones o evaluaciones de desempeño del alumno. El segundo es la elaboración por el Director del INPEC de la lista de elegibles. El tercero es el del nombramiento como dragoneante, que puede ocurrir pronto en el tiempo, si hay vacante en ese momento, o que puede ocurrir un tanto más tarde, hasta un año después, si no hubiere vacante.

4.7.5. En vista de estas circunstancias es posible que una persona cumpla con el precitado requisito al momento de ingresar como alumno a la escuela penitenciaria nacional, pero, por razones ajenas a su voluntad y que escapan a su control, como la no existencia de vacante o la demora en el acto de su nombramiento, ya no lo cumpla al momento de su nombramiento. Esta es la situación teórica posible en la cual se funda la demanda.

4.7.6. En el ámbito de las hipótesis posibles, que se puede plantear en el contexto normativo descrito, se encuentra una que es relevante para el caso sub examine. Esta hipótesis es la de una persona que ingresa como alumno de la referida escuela a los 24 años y 6 meses de edad, asiste y aprueba el curso de formación con calificaciones destacadas, ocupa uno de los primeros lugares de la lista de elegibles, pero no puede ser nombrado de manera inmediata por no haber vacante, sino que su nombramiento se hace durante el año de vigencia de la lista de elegibles, 7 meses después de la fecha de haber ingresado al curso. En esta hipótesis el aspirante cumplió con el requisito de la edad para ingresar como alumno al curso de formación, en desarrollo de él mostró y demostró sus méritos y calidades, al punto de obtener destacadas calificaciones, pero por circunstancias que no dependen de él, sino a factores externos que escapan a su control, es posible que al momento de su nombramiento tenga ya más de 25 años de edad.

4.7.7. La hipótesis antedicha revela que, como lo señala la demanda, en este caso el derecho fundamental a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, no se vulnera por la existencia de una edad límite, sino por el la fijación de un momento o hito en el cual se verifica este requisito. En realidad, el motivo que impide el acceso al desempeño de cargos y funciones públicas en la situación hipotética en comento, no se funda en el mérito ni en las calidades del aspirante, ni siquiera en su edad, que se ajusta de manera objetiva a lo exigido para ingresar como alumno a la escuela penitenciaria nacional, sino en el hito temporal que la ley fija para establecer o verificar dicho requisito.

4.7.7.1. Si se trata de medir o valorar el mérito del aspirante, el mecanismo idóneo para tal propósito, según el diseño de esta carrera administrativa especial, es el curso de formación y los resultados del mismo. Luego, si el aspirante aprueba el curso y lo hace con calificaciones destacadas, no es posible afirmar que no tenga los méritos o las calidades requeridas para acceder al desempeño del cargo. Por lo tanto, la expresión demandada hace que a un aspirante que ha demostrado sus méritos y calidades, y que ha cumplido también con el requisito establecido para ingresar al curso de selección, no se le permita acceder al cargo correspondiente, por motivos ajenos a su mérito y que, menester es reiterarlo, escapan a su control y a su voluntad, lo cual vulnera el principio constitucional de la carrera administrativa.

4.7.7.2. El antedicho principio constitucional se vulnera porque la selección no se basa exclusivamente en el mérito y en la capacidad profesional del aspirante; porque en realidad no se garantiza una igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos que cumplen los requisitos para ser admitidos al curso de selección y porque esta situación genera un grave sin sentido, pues se admite a una persona al proceso de selección, se la considera en razón de su mérito como elegible, lo que genera una expectativa legítima de ser nombrado y un derecho a ser elegido según el estricto orden descendente de la lista de elegibles, pero a la postre no se la elige porque hubo una demora en su nombramiento. Por tanto, al establecer la expresión demandada, el legislador desbordó su margen de configuración en materia de carrera administrativa.

4.7.8. La única razón por la cual en la situación sub examine se deja de nombrar a un aspirante que tiene derecho a ser nombrado, por haber demostrado tener los méritos y las calidades necesarias para ello, es que “al momento del nombramiento” ha superado una edad límite. Sus compañeros de curso, que también lo aprobaron con calificaciones destacadas y que están en la lista de elegibles en una posición posterior, no tienen mayores méritos o mejores calidades que las de la primera persona, diferentes a la circunstancia de ser unos días o unos meses más jóvenes, pero a la postre sí serán nombrados».

En resumen, la Corte encontró, que la expresión «al momento del nombramiento» es inexecutable, por lo siguiente: i) se vulnera el principio

constitucional de la carrera administrativa al impedirle al ciudadano el acceso al cargo de dragoneante por motivos ajenos al mérito y a las calidades del aspirante, en atención a circunstancias que escapan a su control y a su voluntad; **ii)** constituye una discriminación injustificada, dado que si bien persigue un fin legítimo e importante, emplea un medio que no es adecuado ni conducente para alcanzarlo; y **iii)** exigir de un aspirante que ha superado el proceso de selección previsto en un régimen de carrera especial, tener entre 18 y 25 años al momento de su nombramiento, cuando este requisito ya se ha verificado en un momento anterior de dicho proceso, vulnera el principio de la carrera administrativa y constituye una discriminación injustificada.

Sobre el particular, agrega la Sala que si bien es cierto que el INPEC, por tratarse de un cuerpo armado de custodia y cuidado, tiene un carácter especial que le permite exigir requisitos adicionales para ingresar a él, como lo es el no superar una edad máxima, tal como lo indican las entidades accionadas; es también cierto que los requisitos fijados deben ser razonables, no pueden contener discriminaciones injustificadas entre las personas y han de ser proporcionales para la consecución de los fines buscados.

Así las cosas, comparte la Sala los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-811 de 2014,³⁴ donde se concluye que el requisito de edad se encontraba verificado al momento de ingresar al concurso, razón por la cual resulta inocua la segunda exigencia de acreditar máximo 25 años en otro momento, en este caso, cuando entra en firmeza la lista de elegibles. En este sentido, se encuentra que el trato dado a los aspirantes, con ocasión de lo dispuesto en la norma demandada, en razón de su edad, es discriminatorio. Pues todos ellos ingresaron al concurso acreditando los mismos requerimientos, realizaron un mismo curso y demostraron sus méritos en virtud de las mismas pruebas. De esta forma, en todos los casos se creó la misma

³⁴ Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

expectativa legítima de hacer parte de las listas de elegibles y consecuentemente de ser nombrados si sus puntajes así lo permitían.

Es del caso precisar, que varios de los concursantes inscritos en la Convocatoria 132 de 2012 iniciada con ocasión del acuerdo parcialmente demandado, solicitaron la protección de sus derechos vía acción de tutela, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos, luego de ser excluidos de la mencionada Convocatoria, por haber cumplido 25 años de edad antes de la culminación de una de las etapas que integran el concurso, denominada «Fase del Curso». La Corte Constitucional revisó el caso en las sentencias T-722 de 2014³⁵ y T-590 de 2015.³⁶

En el fallo T-722 de 2014, la Corte amparó los derechos invocados e inaplicó para el caso en concreto la norma aquí demandada, aduciendo lo siguiente:

«... el criterio con base en el cual se excluyó al actor consiste en la aplicación de lo establecido en la normativa que reglamenta la convocatoria No. 132 de 2012, la cual a su vez se fundamenta en el artículo 119 del Decreto 407 de 1994, según el cual para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se requiere tener menos de 25 años de edad, al momento del nombramiento.

Sin embargo, aunque tal criterio se considera en un principio objetivo, pues establece un límite claro en materia de edad, y se encuentra consagrado en la reglamentación del concurso, de manera que respeta el principio de legalidad y pudo ser conocido por todos los aspirantes, la Sala observa que una vez analizadas las circunstancias del caso objeto de estudio, la condición se torna en (i) irrazonable, en tanto no existe certeza sobre el tiempo que puede tardar la realización de cada una de las etapas del concurso, lo que implica que su cumplimiento no depende de la diligencia del aspirante, sino también de la eficiencia de la CSNC al momento de adelantar el concurso,

³⁵ Con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle.

³⁶ Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

asunto que escapa al control de los aspirantes; y, (ii) constituye una aplicación de los artículos 119, 121 y 122 del Decreto 407 de 1994 que escapa al margen de la administración pública, por la ausencia de certeza sobre la duración del concurso. (...).

... el concurso de méritos adelantado por la CNSC tardó 19 meses en agotar sus distintas etapas, imponiendo con esta tardanza un obstáculo al ejercicio de los derechos del actor al trabajo y al acceso y ejercicio de empleos públicos, al tener que soportar una carga sin tener el deber de hacerlo, debido a su imposibilidad de conocerla con certeza y a que no es constitucionalmente admisible que la demora en las actuaciones de la administración pública no puede convertirse en una afectación en los derechos de los ciudadanos. (...).

El hecho de que una persona no tenga conocimiento acerca de cuánto puede tardar un proceso de selección genera una incertidumbre inaceptable, cuando de ello depende el cumplimiento de una condición de acceso al cargo, que según se ha explicado debería estar plena y claramente definida en la reglamentación del concurso. La creación de una expectativa de ser considerado para el acceso a un cargo público, que posteriormente se frustra por razones imputables a la administración y no al ciudadano afecta la confianza en las instituciones y, además, resulta incompatible con los principio de celeridad y eficacia que deben orientar la actividad de la administración. (...).

El Acuerdo 168 de 2012, al parecer, incorporó la condición de la edad basándose en el Decreto Ley 407 de 1994, pero no lo hizo en los términos previstos en la norma de jerarquía legal, pues estableció un conjunto de fases para el proceso de selección, sin definir la duración de cada una de ellas, y previó que el requisito de edad debía mantenerse hasta la firmeza de la lista de elegibles, so pena de la exclusión del aspirante en cualquier etapa del proceso.

Así las cosas, si bien el requisito legal podría ser satisfecho en caso de que la convocatoria correspondiente permitiera al ciudadano conocer la duración de cada etapa, en el caso concreto y ante la ausencia de definición de los extremos temporales del concurso, la condición perdió toda objetividad, y se transformó en un riesgo incierto e inmanejable para el aspirante.

En otros términos, el límite de la edad máxima solo es razonable si el participante conoce plenamente el tiempo que tardará el proceso de

selección, y si la Comisión se ciñe estrictamente a un cronograma previamente definido y conocido por todos los aspirantes. Exigirle al interesado mantener la edad incluso hasta la firmeza de la lista de elegibles agrava la situación, pues su situación no depende solamente de la definición cronológica de las fases del concurso, sino de la eventual presentación de recursos o iniciación de controversias judiciales por parte de los demás aspirantes, y el tiempo que dure la administración o los jueces en su solución. (...).

Cuando las reglas de la convocatoria, en principio objetivas, se transforman en aleatorias, no se respeta la dignidad humana pues se permite a la persona participar en una actividad que no puede llevar a término, y se resta toda importancia a sus proyectos de vida.

La irrazonabilidad de la decisión se proyecta además, en un desarrollo de la función pública que permite el desperdicio de los recursos del erario y por lo tanto es incompatible con los principios de eficacia, eficiencia y celeridad que le son propios. El caso concreto es una muestra patente de esta conclusión, pues el Estado destinó recursos a la formación del actor, incluso, le permitió realizar prácticas en un centro penitenciario, para posteriormente excluirlo por el citado requisito. Tiene entonces razón su apoderado cuando cuestiona que no se haya negado su inscripción desde la presentación de la cédula de ciudadanía, donde consta su edad. Pero la administración no podía actuar de esa forma, básicamente, porque tampoco podía prever, con suficiente certeza, si alcanzaría a terminar el proceso antes de cumplir los 25 años, lo que solamente confirma la ausencia no solo de razonabilidad, sino incluso de racionalidad, que se refleja en las normas del Acuerdo 168 de 2012.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que si bien el requisito establecido en la ley no viola prima facie los derechos de los participantes en cuanto a la legalidad, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de las condiciones para el acceso a un cargo público (y sin perjuicio de lo que decida la Sala Plena al efectuar el estudio de esa condición en sede de control abstracto), lo cierto es que el Acuerdo 168 de 2012, y las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el concurso, terminaron por minar esa objetividad y se convirtieron en una carga irrazonable para el actor y los aspirantes que se encuentran en idéntica situación de hecho.»

En la sentencia T-590 de 2015, la Corte también amparó los derechos fundamentales invocados por 61 accionantes inscritos en la Convocatoria que aquí se cuestiona, e inaplicó para el caso en concreto la norma cuya legalidad se estudia en esta sentencia. Dijo la Corte:

«...en esta oportunidad estamos en un caso con idénticos fundamentos fácticos; los 61 accionantes se encontraban en la fase de curso en la Escuela Nacional Penitenciaria y fueron excluidos del proceso por cumplir los 25 años durante dicha etapa. En consecuencia, no hay razones para apartarse del precedente citado y, en este caso, deberá fallarse de forma similar a lo expuesto por este Tribunal en sentencia T-722 de 2014. (...)

Cabe recordar que esta circunstancia también se presenta en este caso en el que, muchos de los accionantes ya habían culminado las prácticas y por ende, el curso. La aplicación del requisito de edad se torna desproporcionada en estas circunstancias, especialmente teniendo en cuenta que los accionantes se presentaron con la totalidad de los requisitos y que, por una conducta imputable al INPEC y a la CNSC, dejaron de cumplirlos en la última fase del proceso. (...).

Teniendo en cuenta que, al igual que en la sentencia T-722 de 2014, en el presente caso los accionantes superan los 25 años, la Sala (i) dejará sin efecto el artículo 10º y el numeral 2º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012 e (ii) inaplicará el requisito previsto en el numeral 2º del artículo 119 del Decreto 407 de 1999 en el caso concreto. Lo anterior, por cuanto es contrario a la Constitución y a los principios de la función pública, exigir el cumplimiento del requisito de edad a los accionantes, quienes se vieron afectados por la falta de claridad de la CNSC y el INPEC, respecto de la duración de los términos del concurso.»

Concuerda esta Sala con lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias parcialmente trascritas, en el sentido de considerar que los derechos de los aspirantes que se vieron afectados por este requisito, como lo son el derecho fundamental a la igualdad y el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, fueron conculcados por la disposición demandada, pues, su exigencia resulta desproporcionada

al ser un impedimento que se sale de la esfera de control de aquella persona que cumplió con todos los requisitos al momento de entrar a concursar y que tiene los méritos necesarios para desempeñar el cargo.

Resulta evidente entonces, la vulneración al ordenamiento jurídico alegada por el demandante y sus coadyuvantes, pues los enunciados normativos cuestionados les imponen a los concursantes una carga adicional, que está por fuera de sus capacidades, como lo es el ser menor de 25 años al momento de la firmeza de la lista de elegibles, lo cual comporta una flagrante vulneración al derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, así como al principio del mérito.

Razón por la cual, se declarará la nulidad parcial del numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, suscrito por el Presidente de la CNSC y el Director General del INPEC, *«por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso - curso abierto de méritos el empleo Dragoneante, Código 4114 Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC»*.

Ahora bien, consultada la página web de la CNSC, con la finalidad de verificar el estado actual del concurso, se advierte que la Convocatoria iniciada por el Acuerdo 168 de 2012 aún no ha finalizado, ya que con fundamento en sus resultados, la CNSC apenas ha integrado una sola lista de elegibles que es la contenida en la Resolución 20172120023085 de 4 de abril de 2017, lo que hace presumir a la Sala que faltan por elaborar más registros de elegibles, más aun si se tiene en cuenta que mediante la Resolución 20171020016225 del 3 de marzo de 2017, también publicada en la página web de dicha entidad, la CNSC estableció, en aplicación de la Ley 909 de 2004³⁷ y sus decretos reglamentarios, el valor de los rubros que el INPEC tiene que cancelar para hacer uso de las listas de elegibles para proveer 13

³⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones.

empleos de carrera que se encuentran vacantes en las dependencias de este último.

La circunstancia descrita obliga a la Sala a realizar un estudio sobre los efectos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos de carácter general, en aras de definir las consecuencias que se desprende de la decisión contenida en esta providencia.

Efectos de las sentencias de nulidad en lo contencioso administrativo

La nulidad de un acto administrativo es declarada por la jurisdicción contenciosa cuando se comprueba que en su expedición, es decir, desde que nació a la vida jurídica, se presentaron algunos de los vicios legalmente establecidos. Ahora bien, normalmente ocurre, que antes perder su presunción de legalidad, eventualmente un acto administrativo ha producido consecuencias en el tráfico jurídico, porque sus disposiciones pudieron haber concretado en los particulares un derecho o una garantía; por lo que surge entonces la controversia sobre cuál debe ser el alcance temporal de la decisión anulatoria, particularmente en cuanto a si los efectos del acto administrativo acaecidos mientras estuvo vigente se mantienen y conservan su validez o si también siguen la suerte del acto administrativo anulado.

En ese sentido, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tradicionalmente se ha preguntado, si la declaratoria de nulidad solamente puede tener efectos hacia el futuro, es decir «*ex nunc*», o si por el contrario los efectos de la decisión pueden retrotraerse hasta el momento de expedición del acto, o sea, «*ex tunc*». De entrada aclara la Sala, que las respuestas a este interrogante han sido puras construcciones jurisprudenciales, puesto que no ha existido una fuente normativa positiva que regule la materia.

En efecto, revisada la legislación anterior al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, esto es, Leyes 130 de 1913³⁸ y 167 de 1941³⁹ y Decreto Ley 01 de 1984,⁴⁰ no encuentra la Sala norma alguna que regule los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad.

En el marco de la Ley 1437 de 2011, los efectos de las sentencias están regulados de manera general en el artículo 189⁴¹ de la Ley 1437 de 2011, únicamente respecto de la configuración de la cosa juzgada, así: **i)** Las que declaren la nulidad tienen fuerza de cosa juzgada «*erga omnes*»; y **ii)** Las que nieguen la nulidad pedida, producirán la misma consecuencia pero únicamente en relación con la «*causa petendi*» juzgada,⁴² es decir, exclusivamente en lo que se refiere a los cargos planteadas en la demanda que originó la providencia y, como es obvio, en lo atinente a los problemas jurídicos resueltos en ella. Así las cosas, es claro que la norma en comento no hace referencia a las

³⁸ Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

³⁹ Sobre la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁴⁰ Código Contencioso Administrativo.

⁴¹ **Artículo 189. Efectos de la sentencia.** La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley. (...).

⁴² Según CABANELLAS, Guillermo, por «*causa petendi*» se entiende el «*fundamento de la petición*». Véase su libro «*REPERTORIO Jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*». Editorial Eliasta. 4ª Edición Ampliada. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 209.

consecuencias en el tiempo que pueda llegar a tener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

Para llenar el vacío legal descrito el Consejo de Estado ha venido construyendo desde 1915, a través de su jurisprudencia, fundamentalmente dos maneras de dimensionar los alcances en el tiempo de las sentencias de nulidad, conformando entonces, las que para efectos pedagógicos denominaremos en esta providencia hipótesis «*ex tunc*» y «*ex nunc*».

Efectos «*ex tunc*»

En un primer momento la Corporación sostuvo, a partir de la sentencia de 14 de junio de 1915, con ponencia del Consejero Adriano Muñoz, que para definir los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad, se debía aplicar el régimen de los actos jurídicos civiles contemplado en el Código Civil. Ello por cuanto para ese entonces, la jurisdicción contenciosa y la teoría del acto administrativo aún no había alcanzado la autonomía y madurez que lograron consolidar posteriormente y en consecuencia, el acto administrativo era considerado y estudiado desde la órbitas del acto y del negocio jurídico civil. Entonces, de acuerdo con esta postura jurisprudencial, se tenía la nulidad como una sanción que afectaba el acto administrativo por haber trasgredido el ordenamiento jurídico y por tanto, debía restablecerse el entramado de las relaciones jurídicas al estado que tenían antes de su expedición, y sus efectos o consecuencias en el mundo jurídico se consideraban inválidos, es decir, que la sentencia de nulidad tenía alcances retroactivos, o sea, «*ex tunc*».⁴³

⁴³ «Pero la nulidad, competentemente declarada, produce el resultado de que las relaciones jurídicas de las partes, vuelvan al estado que tenían antes del acto o contrato nulo. La derogación no es pena, en tanto que la nulidad sí es la sanción, el mal que se deriva del quebrantamiento de la ley. Estos principios fundamentales de Derecho Universal están consignados en los artículos (1° y 1746 del Código Civil.). Por tanto, declarada la nulidad de una ordenanza por la autoridad de lo contencioso administrativo, con arreglo a las Leyes 4 y 130 de 1918, necesariamente deben restablecerse las cosas, en lo que sea físicamente posible, al estado que tenían antes de la vigencia de la ordenanza, esto es, se consideran inválidos los efectos producidos por ella».

Dada la relevancia que cobra el referido latinazgo, precisa la Sala que significa «*desde el origen*» o «*desde siempre*»; entonces, la declaratoria de nulidad con efectos «*ex tunc*» es aquella que se retrotrae al día en que se concluyó un contrato, se dictó la resolución impugnada o, entró en vigor una norma de carácter general, como lo sería una ley o un acto administrativo.

Desde entonces y hasta la fecha, el mencionado criterio jurisprudencial se ha mantenido vigente, pero su sustento ha variado en el sentido de considerarse que su fuente de inspiración no se ubica en los postulados esenciales del derecho civil, sino que encuentra su razón de ser ante la necesidad de proteger principios generales del derecho adoptados por el constitucionalismo moderno, como el de conservación del ordenamiento jurídico, certeza del derecho y primacía de las normas de carácter superior.

Bajo esta óptica la jurisprudencia contenciosa ha afirmado, que como la declaración judicial de nulidad se funda en la existencia comprobada de vicios que afectan la validez del acto administrativo, los efectos de tal declaración deben ser «*ex tunc*», es decir, retroactivas, para deshacer las consecuencias derivadas de la aplicación de actos administrativos espurios.

Efectos «*ex nunc*»

La postura jurisprudencial expuesta, aunque reiterada, no ha sido unívoca al interior del Consejo de Estado, pues, desde 1969, con algunas intermitencias, principalmente las Secciones Cuarta y Quinta de esta Corporación⁴⁴ se han apartado del mencionado criterio, con el

⁴⁴ Sobre los efectos «*ex tunc*» de las sentencias de nulidad de los actos administrativos generales se pueden consultar los siguientes fallos: **1)** Sección Cuarta. Consejera ponente: MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA. 25 de septiembre de 2006. Radicación 08001-23-31-000-2002-00737-01(15304). Actor: Sociedad Hijos de A. Pardo. Demandado: DIAN.; **2)** Sección Cuarta. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. 9 de marzo de 2006. Radicación: 25000-23-25-000-2005-01458-01(AC). Actor: Felisa

objeto de modular, condicionar o asignarle efectos diferidos hacia el futuro o «*ex nunc*» a las sentencias de nulidad. Precisa la Sala, que el latinazgo «*ex nunc*», significa «*en adelante*» o «*desde ahora*»; por ejemplo, la rescisión de un contrato se efectúa a partir de que se pronuncia, la inexecutableidad de una ley o la nulidad de un acto administrativo, a partir de que se declara.

Los efectos hacia el futuro o «*ex nunc*» de la declaratoria judicial de nulidad de un acto administrativo, encuentran un sólido respaldo en la realización de valores y principios universales del derecho como los de la separación de poderes, la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la buena fe, el respecto por las situaciones jurídicas consolidadas y la confianza legítima, ello en atención a que hasta el momento de declararse la nulidad, el acto administrativo anulado gozaba de presunción de legalidad y por lo tanto, es legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en su validez.

Así mismo, al amparo de la hipótesis «*ex nunc*», es decir, la que estima hacia futuro el alcance de las sentencias de nulidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha tenido en cuenta como sustento para decantarse por dicha postura, consideraciones relacionadas con **i)** las consecuencias que la decisión judicial pueda tener en los diferentes ámbitos de la vida nacional o local, como por ejemplo, la estabilidad institucional⁴⁵ y económica;⁴⁶ **ii)** la naturaleza y contenido del acto

Romero. Demandado: Departamento de Cundinamarca, Beneficencia de Cundinamarca y Ministerio de Hacienda.; **3)** Sección Cuarta. Consejera ponente: MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA. 16 de junio de 2005. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00938-01(14311). Actor: CARREFOUR. Demandado: Cámara de Comercio de Bogotá y Superintendencia de Industria y Comercio.; **4)** Sección Cuarta. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIE. 7 de febrero de 2008. Radicación: 25000-23-27-000-2002-00616-01(15443). Actor: Concentrados Cresta Roja S.A. Demandado: DIAN.; **5)** Sección Tercera. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. 10 de marzo de 2005. Radicación número: 11001-03-26-000-1992-07961-01(7961). Actor: Germán Cavalier Gaviria. Demandado: Ministerio de Minas y Energía.; **5)** Sección Cuarta. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIE. 23 de marzo de 2001. Radicación número: 76001-23-24-000-1997-4782-01(11598). Actor: Brako LTDA.

⁴⁵ En esta misma línea se inscribe la sentencia de 21 de agosto de 2008, proferida en el expediente 11001032500020070005800(1185-07), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que resuelve una demanda de Nulidad de los actos administrativos de contenido

general de convocatoria al concurso de méritos para la provisión de cargos en la rama judicial expedidos en el año 2003. La sentencia apartándose de los tradicionales efectos «*ex tunc*» de las nulidades hace un análisis de la consecuencia que tendría la declaratoria de nulidad con efectos retroactivos y modula la decisión, disponiendo en lugar de la norma derogada, una nueva regla a ser aplicada en el proceso de concurso: «*En lo que concierne con el tercer aspecto, en cuanto a cómo se modula en este caso la decisión de nulidad, precisamos, que la declaratoria de nulidad del inciso acusado, habrá de modularse en sus efectos, tomando en cuenta el precedente normativo de la propia acción de la Administración, de manera que sirva como referencia racional para purgar la ilegalidad, a fin de que la purga reemplace el efecto tradicional ex tunc de las decisiones de nulidad, por el precedente administrativo. En consecuencia se declarará la nulidad de la norma demandada, pero atando los efectos de esa declaratoria de nulidad a una consecuencia reparatoria del orden jurídico, que consiste en habilitar el 30% estipulado sobre la base del número de vacantes por proveer, lo cual consecuencializa que la Administración sumará al 30% de aspirantes que convocó, el número de vacantes por proveer*». Aunque no profundiza en el punto, se resaltan las argumentaciones y justificaciones que la referida providencia incorpora para darle ese particular alcance a la nulidad que decreta: «*En lo que tiene que ver con el segundo punto, en el sentido de por qué se debe modular la nulidad evidenciada, se advierte que, la modulación se hace necesaria en este caso, porque de no producirse dicha modulación; de una parte, podrían verse afectadas las situaciones jurídicas consolidadas de carácter individual y de otra parte, se podrían afectar intereses de la Administración, que están ligados íntimamente al interés general, en cuanto que implicaría la creación de una carga onerosa, inútil e irracional.*»

⁴⁶ En ese sentido, en sentencia de 6 de octubre de 2011, la Sección Quinta de esta Corporación, con ponencia del Consejero Alberto Yepes, exp. 11001-03-28-000-2010-00120-00 (2010-00120), pese a declarar la nulidad de la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral de ese entonces, señaló lo siguiente: «*La Sala es consciente de las importantes funciones que desempeña el CNE como una de las principales autoridades de la Organización Electoral y de las repercusiones negativas que se generarían si en época electoral se desintegra dicha Corporación. En consecuencia, si bien la Sección Quinta de esta Corporación decretará la nulidad del acto que declaró la elección de los miembros del CNE, contenida en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto de 2010, del Congreso de la República y se ordenará a dicha Corporación que, antes del quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), se lleve a cabo una nueva elección, los efectos anulatorios del presente fallo se modularán de forma tal que se garantice que el CNE esté conformado para la próximas elecciones que se llevarán a cabo el 30 de octubre del año en curso, así como en la etapa postelectoral. (...) Con ocasión de la nulidad diferida que habrá de decretarse, y con el fin de evitar que la Organización Electoral quede acéfala en época electoral, los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales para todos los efectos legales, máximo hasta el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), momento para el cual el Congreso de la República deberá haber cumplido con las órdenes impartidas en la parte resolutive de esta providencia. Por primera vez en materia electoral, se fija un alcance diferido a la eficacia de la sentencia con argumentos que superan la discusión tradicional de la retroactividad como condición necesaria de la nulidad y que introducen la evaluación de las consecuencias de la decisión en el caso concreto*». En la sentencia parcialmente transcrita se disponen los efectos diferidos de la misma, en virtud a que si se hubiese declarado la nulidad con los tradicionales efectos «*ex tunc*», o sea desde el momento de su expedición, las consecuencias para la organización electoral y para el sistema político hubiesen sido indeseables. En ese sentido, la providencia introduce como criterio para la definición de los efectos de la sentencia, la evaluación de las consecuencias de la decisión en el caso concreto.

administrativo anulado; **iii)** la razón, vicio o causal por el cual fue anulado; **iv)** la existencia comprobada de situaciones jurídicas consolidadas,⁴⁷ etc.

Anota la Sala adicionalmente, que como soporte de la hipótesis «*ex nunc*», en algunos momentos la jurisprudencia de esta Corporación ha justificado el conferir alcances hacia adelante a las sentencias de nulidad bajo la consideración de que el control de legalidad de los actos administrativos, en especial de los de carácter general, se asemeja al examen de constitucionalidad de las leyes, a partir de lo cual se ha concluido, según esta variante de la regla «*ex nunc*», que al igual que las sentencias que declaran la inexecutable de una ley, las que declaran la nulidad de un acto administrativo también debe tener efectos pro futuro.⁴⁸

⁴⁷ Ejemplo de esta postura la encontramos en la sentencia de 31 de mayo de 1994, de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia de la Consejera Ponente Dolly Pedraza de Arenas, exp. 7245, en la que se considera el respeto de las situaciones jurídicas consolidadas al momento de determinar el efecto de la anulación: *“En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos erga omnes, pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya se encontraban consolidadas”*. Otro ejemplo de este criterio jurisprudencial nos lo ofrece la sentencia del 24 de marzo de 2000, exp. 9551, con ponencia del Consejero Delio Gómez Leyva: *“Sobre los efectos de los fallos de nulidad ha sido abundante la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son ex- tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome (expediente No 4614 del 21 de enero de 1994)”*. La situación jurídica consolidada entonces, empieza a ser el factor determinante para que el juez establezca realmente cuál es el alcance temporal de su fallo que anula un acto administrativo general, de manera que corresponderá en cada caso estudiar si se está en presencia o no de este tipo de situaciones. En ese mismo sentido, en la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, del 13 de diciembre de 2011, con ponencia de la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, exp. 17709, se manifestó que *“En estas circunstancias se hacen extensivos los efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro de la sentencia (...) mencionada, toda vez que (...) las situaciones producidas al amparo del acto declarado nulo no estaban consolidadas, porque estaban pendiente de decisión en la jurisdicción contenciosa”*.

⁴⁸ Así lo dijo la Sección Cuarta de esta Corporación en sentencias de 23 de febrero y 21 de julio de 2011, en los expedientes 17139 y 16356, con ponencia del Consejero Hugo Bastidas. Cercana a esta posición estuvo la reciente sentencia de la Sección Segunda de 23 de marzo pasado, cuyo ponente fue el Consejero Gabriel Valbuena Hernández, en el expediente 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016), en la que se declaró la nulidad del Decreto 2552 de 30 de diciembre de 2015, por medio del cual se fijó el salario mínimo para el año 2016. Se afirmó en dicha providencia, que como la Ley 1437 de 2011

Sobre el particular hay que aclarar, que el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala, que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control *«tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario»*. En razón de dicha norma, la Corte ha señalado, que no siempre las sentencias de inexecutableidad tienen efectos hacia futuro, pues, en algunos eventos, teniendo en cuenta las particularidades del caso y del tipo de norma que se excluye del ordenamiento jurídico, es posible atribuir efectos retroactivos a la declaración judicial de inconstitucionalidad, como ocurre por ejemplo, en los casos donde se ejercita el control de constitucionalidad durante los estados de excepción, en los que la Corte ha dicho que se debe valorar con especial importancia la necesidad de conceder efectos retroactivos a sus decisiones, con el propósito de asegurar la supremacía efectiva de la Constitución y de los principios y valores en ella señalados, pues, no se pueden avalar excesos o abusos cometidos durante ese período con el simple argumento de proteger la seguridad jurídica o la buena fe, cuando es evidente que un régimen de excepción implica de suyo un debilitamiento de esos principios como consecuencia de una situación de anormalidad.

no regula de manera específica lo relacionado con los efectos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos de carácter general, es necesario *«acudir a lo que establece el inciso 3 del artículo 189 del CPACA en cuanto regula los efectos de las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad, norma cuyo tenor literal es el siguiente: “Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.” La analogía propuesta se soporta en que, al igual que el medio de control de simple nulidad (art. 137 CPACA), la nulidad por inconstitucionalidad (art. 135 CPACA) se reputa objetiva en consideración a que su objeto se circunscribe a la protección del ordenamiento jurídico. Esta coincidencia, que valga decirlo, parte de la esencia de ambos medios de control, permite que se acuda a la regulación establecida en cuanto los efectos de la sentencia proferida en sede de nulidad por inconstitucionalidad para suplir el vacío normativo que en este punto aqueja al medio de control de nulidad. En consecuencia, la Sala concluye que la sentencia en el caso concreto produce efectos hacia el futuro en aplicación de lo previsto en el anotado inciso 3 del artículo 189 del CPACA. En este orden de ideas, la declaratoria de nulidad del Decreto 2552 de 2015 no tendrá, por las razones expresadas, ningún efecto respecto del salario que con fundamento en él devengaron los trabajadores durante el año 2016, tampoco afectará ningún valor que haya tenido como parámetro el salario mínimo, como por ejemplo las cuantías para determinar competencias administrativas o judiciales, multas, sanciones, contratos, tarifas, cuotas alimentarias y en general todo aquello que tome como referencia el salario mínimo»*.

Conclusiones de lo expuesto

La anterior presentación, aunque elaborada de manera sucinta permite comprender la dificultad que plantea adoptar reglas absolutas para conceder o no efectos retroactivos a las sentencias de nulidad, pues, la tensión permanente de principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica frente a la igualdad, la justicia y en últimas la supremacía material de la Constitución y el derecho legislado frente a los actos administrativos, enfrentan al operador jurídico a la necesidad de valorar en cada caso las circunstancias específicas a fin de adoptar la decisión que mejor se ajuste a los mandatos Supremos. Como se ha visto, no sólo es difícil concebir un único modelo, sino que, además, cada caso plantea circunstancias diferentes que obligan al juez contencioso a considerar todas las alternativas posibles y con criterios de flexibilidad para ponderar los alcances, consecuencias o efectos de cada fallo a la luz de la Constitución.

Se concluye entonces, que en la jurisprudencia del Consejo de Estado actualmente se mantienen vigentes dos posturas generales respecto de los efectos de las sentencias de nulidad, a las cuales puede acudir el operador judicial al momento de determinar los alcances de su decisión.

La primera tesis jurisprudencial se refiere a las posibles consecuencias que la decisión judicial pueda tener sobre los efectos anteriores a ella que hayan sido producidos por los actos administrativos generales anulados. Así, los efectos «*ex tunc*» implican la eficacia retroactiva de la sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo.

La segunda tesis se concreta en los efectos «*ex nunc*» e implica la carencia de esa eficacia, con lo que los efectos del acto administrativo anulado, producidos con anterioridad a la decisión judicial, se mantienen y conservan plena validez.

Finalmente anota la Corporación, que la anterior sistematización y descripción de los criterios o pautas elaborados por el Conejo de Estado para atribuir determinados efectos a las sentencias de nulidad de los actos administrativos generales no pretende ser taxativa, sino meramente enunciativa, pues, los criterios examinados nunca agotarán las posibilidades de la realidad, por lo que siempre será necesario un análisis de cada caso en concreto.

Efectos de la declaratoria de nulidad parcial del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso de méritos varios empleos de Dragoneante del INPEC

Tal como se advirtió anteriormente, al consultar la página web de la entidad, se encuentra que, actualmente, la Convocatoria 132 de 2012, se encuentra finalizando su última etapa.

Lo anterior, en cuanto se encuentra conformada y adoptada una Lista de Elegibles para proveer algunas de las vacantes objeto del concurso, como consta en la Resolución No. 20172120023085 de abril 4 de 2017.⁴⁹ Así mismo, se tiene que mediante la Resolución 20171020016225 del 3 de marzo de 2017, se ha establecido el pago para el uso de la lista de elegibles por parte del INPEC para proveer 13 de las vacantes, publicada en la página web de la entidad.

En razón de lo anterior, se predica que existen expectativas legítimas por parte de aquellos aspirantes que figuran en las listas de elegibles ya conformadas para acceder al cargo de dragoneante cuando se

⁴⁹ La Resolución fue publicada en la página web de la CNSC el día 6 de abril de 2017, es decir, que ya se cumplieron los 10 días exigidos por el artículo 32 del Decreto 1227 de 2005, para su entrada en firmeza, en cuanto contra ella no aparecen objeciones. De acuerdo con los numerales 3 y 4 de la Resolución en mención, el INPEC puede solicitar la exclusión de los aspirantes que figuren en la lista dentro de los 5 días siguientes a su publicación; así mismo la CNSC puede excluir, adicionar o reubicar, de oficio o a petición de parte, a los aspirantes respecto de los cuales se hubiera cometido un error aritmético en la sumatoria de sus puntajes.

abran las vacantes y que existen derechos adquiridos por parte de aquellos que ya fueron llamados para la provisión de estas.

Por lo tanto, los efectos de la presente sentencia, tal y como se vio en el estudio realizado con anterioridad, respecto a las personas que integran las listas de elegibles ya publicadas y ejecutoriadas, así como de quienes ya han sido nombrados en periodo de prueba o en propiedad, serán «*ex nunc*», o sea hacia futuro, toda vez que se deben respetar y proteger los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica de los participantes. Máxime que para los efectos, los derechos de aquellos que se vieron afectados por este requisito adicional fueron protegidos por la misma Corte Constitucional en sentencia T-590 de 2015, como antes se expuso, en la que se inaplicó, para el caso concreto el requisito de edad contemplado en el numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, que en esta providencia se anula.

De otro lado, en el caso que queden listas de elegibles pendientes de elaborar, éstas no podrán hacerse con fundamento en la disposición cuya nulidad se declara en esta providencia. Por lo tanto, los efectos de esta sentencia serán, frente a los concursantes que todavía no forman parte de una lista de elegibles, «*ex tunc*», y en razón de ello deberán ser incluidos, según su mérito, es decir, en el orden que el puntaje les asigne, todos aquellos aspirantes que hayan sido excluidos en razón de su edad al momento de entrar en firmeza la lista de elegibles.

Por último, se advierte a las entidades demandadas, CNSC e INPEC, que en el futuro se abstengan de exigir requisitos contrarios a ordenamiento jurídico, que restrinjan el acceso a la carrera administrativa de los ciudadanos que se prueben meritorios de desempeñarse en los cargos.

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad parcial del numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, suscrito por el Presidente de la CNSC y el Director General del INPEC, en lo referente a la expresión:

«... y menos de veinticinco años de edad, al momento de la firmeza de la lista de elegibles. Para estos efectos, la CNSC advierte previamente que cada interesado en participar en la convocatoria, bajo su responsabilidad debe analizar la posibilidad de cumplir este requisito y realizar libremente su inscripción, a sabiendas que en desarrollo de las fases de la convocatoria puede presentarse la situación que el aspirante cumpla los 25 años de edad antes de culminar los siguientes momentos: la fase del concurso, o la fase del curso o antes de la firmeza de la lista de elegibles, caso en el cual será excluido de la convocatoria, por no cumplir el requisito de edad máxima para el hipotético nombramiento.»

SEGUNDO.- La presente sentencia de nulidad tendrá los siguientes efectos:

- a) Ex nunc, es decir, hacia futuro, respecto de aquellos participantes que han sido incluidos en listas de elegibles o que ya han sido nombrados en período de prueba o en propiedad en el cargo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11.
- b) Ex tunc, es decir, con efectos retroactivos, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, respecto de las listas de elegibles que se encuentren

pendientes por elaborar, para las cuales no se podrá aplicar el aparte normativo demandado.

TERCERO.- En consecuencia, **PROTEGER** los derechos de los participantes en la Convocatoria No. 132 de 2012, que hacen parte de las listas de elegibles o que ya fueron nombrados en período de prueba o en propiedad, para quienes los efectos de esta sentencia serán ex nunc, es decir hacia el futuro.

CUARTO.- ORDENAR a las entidades demandadas, CNSC e INPEC, que al momento de elaborar nuevas listas de elegibles con fundamento en los resultados de la Convocatoria 132 de 2012, no tengan en cuenta el requisito de edad a que hace referencia el enunciado normativo anulado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sección Segunda, Subsección B, en sesión de la fecha, por los Consejeros:

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS