

CONTROL DE JURISCCIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO DEROGADO

Desde la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de enero de 1991 [Expediente S-157] 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, así como de los que perdieron su ejecutoriedad.(...) En el presente caso, pese a que para la fecha de expedición de esta providencia, el decreto demandado está derogado, la Sala, en aplicación del citado criterio jurisprudencial, revisará su legalidad puesto que **(i)** es innegable que produjo efectos durante el tiempo en que estuvo vigente; y **(ii)** su derogatoria por parte del artículo 60 la Ley 1739 de 2014, no comprendió un estudio de legalidad, tarea que sólo puede ser realizada con criterio de autoridad por la jurisdicción de lo contencioso administrativo

LISTA DE ELEGIBLES – Naturaleza

Las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Es decir, se trata del acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo a sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico.

LISTA DE ELEGIBLES- Conformación / PRINCIPIO DEL MÉRITO - Aplicación

A través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Entonces, la lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje (...) Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes.

NOTA DE RELATORÍA : Sobre la lista de elegibles para la provisión de cargos de carrera, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de abril de 2014, expediente No. 15001-23-33-000-2013 – 00563-02, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

LISTA DE ELEGIBLES PARA PROVEER CARGOS DE CARRERA EN LA DIAN NO INCLUIDOS EN LA OFERTA PÚBLICA – Procedencia

La comparación entre el acto administrativo demandado, esto es, Decreto Reglamentario 0969 de 2013, con la norma en que debía fundarse, o sea, Decreto Ley 765 de 2005, que era la que se encontraba vigente al momento de su expedición, y con la Ley 1739 de 2014, que reguló la materia con posterioridad a la presentación de la demanda, muestra de manera clara, que el contenido normativo del mencionado Decreto Reglamentario 0969 de 2013, es contrario tanto al referido Decreto Ley 765 de 2005, como a la Ley 1739 de 2014, pues, mientras estos permiten usar la lista de elegibles para proveer cargos de carrera no contemplados inicialmente en la oferta pública de empleos, el decreto reglamentario aquí demandado lo prohíbe. De lo hasta aquí expuesto se concluye, que al prohibir la utilización de las listas de elegibles para proveer empleos que no fueron ofertados en el respectivo concurso, el decreto reglamentario demandado contradice el artículo 34.55 del Decreto Ley 765 de 2005, que regula el régimen de carrera administrativa especial de la DIAN, y el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, que modificó el Estatuto Tributario, normas de superior jerarquía que de manera expresa permiten que los registros de elegibles sean utilizados para cubrir plazas que no hicieron parte de la Oferta Pública de Empleos del respectivo concurso, siempre que exista las notas de equivalencia o similitud

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia de utilizar la lista para proveer cargos diferentes a los originalmente ofertados siempre que esa regla se hay previsto en el concurso, Corte Constitucional SU-446 de 2011, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 26 de julio de 2018, radicación 2015-1101 (4970-2015), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

LISTA DE ELEGIBLES PARA PROVEER CARGOS DE CARRERA EN LA DIAN NO INCLUIDOS EN LA OFERTA PÚBLICA DE CARGOS – Prohibición / SENTENCIA DE NULIDAD- Efectos

Como las partes en este proceso han señalado que en vigencia del Decreto Reglamentario 0969 de 2013 se adelantaron varios concursos de mérito para proveer cargos de la carrera administrativa especial de la DIAN, es necesario fijar los efectos de la presente providencia. Al respecto, la Sala aclara que como el medio de control invocado por la parte demandante fue el de Nulidad, la presente sentencia sólo se ocupó de estudiar la legalidad de la norma demandada en abstracto y de manera general y objetiva, sin considerar las situaciones particulares de los participantes en los diferentes concursos públicos que se adelantaron para proveer empleos de la carrera administrativa especial de la DIAN; por lo tanto, esta no genera la reviviscencia de listas o registros de elegibles, ni es constitutiva de derecho alguno a reclamar nombramientos al interior de la DIAN a partir de listas de elegibles que ya hubieren vencido durante la vigencia del Decreto Reglamentario 0969 de 2013

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / DECRETO LEY 765 DE 2005- artículo 34.5 / Ley 1739 de 2014- artículo 60

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 969 DE 2013 (17 de mayo) GOBIERNO NACIONAL (NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01304-00(3319-13)

Actor: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), MIRYAM LEONOR RIAÑO COY Y PIEDAD MILENA AGUILAR SANJUR

Demandados: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (DAFP) Y DIRECCIÓN NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS (DIAN)

Asunto: Uso de las listas de elegibles para proveer empleos adicionales, pero iguales o equivalentes, a los inicialmente ofertados en el respectivo concurso

Acumulados: 11001-03-25-000-2013-01304-00(3319-2013)¹
11001032500020130157700 (4043-2013)
11001032500020140049900 (1584-2014)

1. La Sala conoce el proceso de la referencia con informe de la Secretaría² para proferir fallo de única instancia.

LA DEMANDA

2. Se trata de la demanda de Nulidad Simple promovida por la CNSC y por las señoras Miryam Leonor Riaño Coy y Piedad Milena Aguilar Sanjur, contra el +*/

¹ Expediente primigenio.

² De 3 de septiembre de 2018, visible a fl. 442 del cdno. ppal. del. exp. primigenio.

3. A continuación se transcribe la norma demandada:

«DECRETO 969 DE 2013

(mayo 17)

Por el cual se modifica el Decreto número 3626 de 2005

El Presidente de la República de Colombia

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el Decreto Ley 765 de 2005, y

CONSIDERANDO:

Que la jurisprudencia nacional ha venido señalando de manera reiterada y uniforme que las listas de elegibles para la provisión de los empleos de carrera, resultado de los procesos de selección, únicamente pueden ser utilizadas para llenar las vacantes específicamente ofertadas y señaladas en la respectiva convocatoria, y no para proveer otros cargos no convocados a concurso, pues ello desconoce el derecho de los ciudadanos que aspiren a participar en igualdad de condiciones en las convocatorias para empleos no convocados.

Que el Decreto Ley 765 de 2005, modificó el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN.

Que el Decreto Ley 765 de 2005, "Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN", estableció sobre la utilización de las lista de elegibles, lo siguiente: "Las listas de elegibles podrán ser utilizadas para proveer otros empleos vacantes siempre que sean compatibles con los requisitos y el perfil del rol del empleo, previo concepto motivado de la jefatura de Gestión Humana".

Que el Decreto 3626 de 2005, reglamentario del Decreto Ley 765 de 2005, en el inciso 4.º del artículo 28, estableció: "Una vez provistos los empleos objeto del concurso, se deberán utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en empleos iguales o equivalentes".

Que se hace necesario modificar el inciso 4.º del artículo 28 del Decreto 3626 de 2005, reglamentario del Decreto Ley 765 de 2005, para armonizarlo al decreto ley que se reglamenta y a la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional.

DECRETA:

Artículo 1.º. *Modificar el inciso 4.º del Artículo 28 del Decreto 3626 de 2005, el cual quedara en los siguientes términos:*

"Artículo 28 (...)

Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 54 del Decreto Ley 765 de 2005"

Artículo 2.º. Vigencia y derogatoria. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, y modifica en lo pertinente el artículo 28 del Decreto 3626 del 2005». (Las subrayas no se encuentran en el texto original).*

4. Es decir, que de acuerdo con la norma reglamentaria demandada, para el caso de la DIAN, las listas de elegibles que resulten de los concursos de méritos, no pueden ser utilizadas para proveer cargos que no fueron ofertados al inicio del proceso de selección, así sean equivalentes o similares.

5. Contra el Decreto Reglamentario 969 de 2013³ cuya legalidad se cuestiona en esta oportunidad, la parte demandante formula los siguientes cargos, reparos o censuras.

PRIMERA INCONFORMIDAD.- DESCONOCIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE MODIFICAR LAS REGLAS O BASES DE LAS CONVOCATORIAS.

6. Explican las demandantes, que al momento de expedirse el decreto reglamentario demandado, se encontraba en trámite un concurso público de méritos para proveer varios cargos de carrera de la DIAN, el cual fue abierto mediante Convocatoria 128 de 9 de noviembre de 2009, y cuyas bases y

³ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

reglas fueron establecidas por los Acuerdos 108⁴ y 127⁵ de 2009 de la CNSC.

7. Señalan, que en el Acuerdo 108 de 2009⁶ la CNSC estableció en su artículo 26, parágrafo 1º, para el caso específico de la Convocatoria 128 de 2009, que en ese entonces estaba en trámite, que *«Las vacantes que resulten durante la vigencia de la lista de elegibles serán provistas mediante el uso de la misma.»*.

8. Relatan, que posteriormente, la CNCS expidió el Acuerdo 300 de 2013⁷ con el objeto de reglamentar *«la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles del Sistema Específico de Carrera Administrativa»* de la DIAN. Precisan, que el artículo 2.º del referido Acuerdo señaló, que: *«una vez agotada la OPEC de la Convocatoria respectiva, es decir, provistas las vacantes ofertadas en el concurso con la lista de elegibles correspondiente, la DIAN deberá utilizar las Listas de Elegibles que se adopten como resultado de los procesos de selección que adelante la CNSC, para proveer vacantes definitivas en otros empleos distintos a los convocados que sean iguales o equivalentes, de acuerdo con el perfil del empleo, en la misma entidad, mientras las listas se encuentren vigentes.»*. (Subraya la Sala).

9. Exponen, que luego, el señor Presidente de la República con la firma de su Ministro de Hacienda y Crédito Público y de la Directora del DAFP, expidió el Decreto Reglamentario 969 de 2013⁸ demandado, a fin de modificar el sistema específico de carrera administrativa de la DIAN, el cual dispuso en su artículo 1.º, que *«una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 54 del Decreto Ley 765 de 2005.»*. (Subraya la Sala).

⁴ Por el cual se reglamentan los procesos de selección para proveer empleos del Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

⁵ Por el cual se modifica y se precisa el Acuerdo 108 del 6 de agosto de 2009.

⁶ Por el cual se reglamentan los procesos de selección para proveer empleos del Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

⁷ Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de Listas de Elegibles y del Banco Nacional de listas de Elegibles del Sistema Específico de Carrera Administrativa para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

⁸ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

10. Para las demandantes, dicha decisión administrativa modificó las reglas o bases del concurso público de méritos dispuestas en la Convocatoria 128 de 2009, lo cual, según aseveran, se encuentra proscrito por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y para el caso específico de la DIAN, por el numeral 1.º del artículo 34 del Decreto Ley 765 del 2005,⁹ que establece que *«una vez iniciada la inscripción de aspirantes no podrán cambiarse»* las condiciones de la Convocatoria, *«salvo en aspectos como sitio y fecha de recepción de inscripciones, fecha hora y lugar en que se llevará a cabo la aplicación de las pruebas.»*.

SEGUNDA INCONFORMIDAD.- FALSA MOTIVACIÓN.

11. Las señoras demandantes y la CNSC, explican que en la parte considerativa del Decreto Reglamentario 0969 de 2013¹⁰ que se demanda, se expone como fundamento del mismo, *«Que la jurisprudencia nacional ha venido señalando de manera reiterada y uniforme que las listas de elegibles para la provisión de los empleos de carrera, resultado de los procesos de selección, únicamente pueden ser utilizadas para llenar las vacantes específicamente ofertadas y señaladas en la respectiva convocatoria, y no para proveer otros cargos no convocados a concurso, pues ello desconoce el derecho de los ciudadanos que aspiren a participar en igualdad de condiciones en las convocatorias para empleos no convocados.»*.

12. En este punto, las demandantes señalan que las entidades accionadas en ningún aparte del acto administrativo controvertido, precisaron cuales son las decisiones judiciales que según su dicho, obligaron al Gobierno Nacional a modificar las reglas relacionadas con el uso de las listas de elegibles al interior de la DIAN.

13. Adicionalmente, aseguran la actoras que no existe providencia judicial alguna, que forzara al Gobierno Nacional a modificar las normas que rigen las disposiciones legales que fundamentan la Convocatoria 128 de 2009, por tanto, consideran que el Decreto Reglamentario demandado está falsamente motivado, al encontrarse fundamentado en fallos judiciales inexistentes.

TERCERA INCONFORMIDAD.- TRASGRESIÓN DEL ARTÍCULO 34 DEL DECRETO LEY 765 DE 2005.¹¹

⁹ Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

¹⁰ Ib.

¹¹ Ib.

14. Según las demandantes, el decreto reglamentario demandado, al prohibir el uso de las listas de elegibles para proveer cargos diferentes a los inicialmente ofertados, desconoce lo dispuesto por el artículo 34.5 del Decreto Ley 765 de 2005,¹² que sí lo permite.

CUARTA INCONFORMIDAD.- DESCONOCIMIENTO DEL ARTÍCULO 125 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

15. Relatan las accionantes, que con la aplicación del Decreto Reglamentario 0969 de 2013¹³ al proceso de selección para proveer vacantes de la carrera administrativa de la DIAN, regulado por la Convocatoria 128 de 2009, se imposibilitó que los cargos no ofertados en la convocatoria, pudieran ser provistos con las personas que aprobaron el concurso público de méritos y que conformaron la lista de elegibles, a fin de cubrir de forma definitiva los empleos provistos de manera provisional.

16. De esta manera, para las demandantes, la norma acusada transgredió el postulado del mérito, pues, desconoce el derecho que han adquirido los participantes de ser nombrados en los cargos de la DIAN que no fueron ofertados en la mencionada Convocatoria, y en consecuencia, a juicio de ellas, el Decreto Reglamentario demandado amplía la cantidad de empleados provisionalmente en la planta de personal de dicha entidad, en contravía a lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución Política.

17. Así mismo resaltan, que el Gobierno Nacional debe garantizar la utilización de la totalidad de la lista de elegibles con el fin de buscar la eficacia y eficiencia administrativa, así como el uso razonable de los recursos estatales, sin olvidar desarrollar los fines del Estado, más cuando existen las vacantes a proveer y la disponibilidad presupuestal.

18. Finalizan señalando, que continuar con nombramientos provisionales en lugar de nombrar empleados de carrera, desconoce el principio de mérito para ingresar a los cargos del Estado, convirtiéndose entonces la vinculación provisional en una práctica generalizada, en lugar de ser excepcional, lo cual, según su dicho, se encuentra proscrito.

¹² Ib.

¹³ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

QUINTA INCONFORMIDAD.- VULNERACIÓN AL DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD.

19. Las demandantes exponen, que el Decreto Reglamentario demandado¹⁴ se aplicó en la Convocatoria 128 de 2009 respecto de las listas de elegibles que se encontraban constituidas pero no habían adquirido firmeza, mientras que la norma cuestionada no se aplicó a las listas de elegibles que ya se encontraban en firme.

20. En consecuencia, para las actoras, la norma demandada causa que todos los concursantes no sean tratados en condiciones de igualdad, siendo que tienen el mismo derecho a ser nombrados en cargos de carrera administrativa por haber superado el concurso público de méritos.

OPOSICIÓN A LA DEMANDA¹⁵

21. Para oponerse a la demanda y defender la presunción de legalidad de la norma reglamentaria cuestionada, acudieron al presente proceso, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República,¹⁶ el Ministerio de Hacienda y Crédito Público,¹⁷ el DAFP¹⁸ y la DIAN.¹⁹ Teniendo

¹⁴ Decreto Reglamentario 0969 de 2013. Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

¹⁵ En este apartado, la Sala presenta un resumen de los argumentos expuestos por las entidades demandadas en sus contestaciones a la demanda, y en sus alegatos de conclusión.

¹⁶ Folios 77 a 81 del cdno. ppal. del exp. primigenio Y 339 a 344 del exp 4043-2013. En la audiencia inicial, se decidió que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República debía ser excluido del proceso, porque de acuerdo con el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, el Gobierno Nacional debe comparecer a las causas judiciales a través del ministerio o ministerios del ramo. Sin embargo, por considerarlos de altísima importancia y con interés pedagógico, la Sala también resumirá los argumentos de oposición expuestos por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para defender la legalidad de la norma reglamentaria demandada.

¹⁷ A folios 89 a 95 del cdno. ppal. del exp. primigenio, 370 a 373 del exp. 4043-2013, y 78 a 82 del exp. 1584-2014, obra la contestación a la demanda. Mientras que a folios 423 a 425 del cdno. ppal. del exp. primigenio, militan los alegatos de conclusión.

¹⁸ A folios 73 a 76 del cdno. ppal. del exp. primigenio, 365 a 369 del exp. 4043-2013, y 93 a 98 del exp. 1584-2014, obra la contestación a la demanda. Mientras que a folios 275 y 276 del cdno. ppal. militan los alegatos de conclusión.

en cuenta que en términos generales los intervinientes esgrimen argumentos similares, la Sala los resume a continuación de la siguiente manera:

(i). Que por medio del acto administrativo demandado se corrigió el yerro cometido con la expedición del Decreto Reglamentario 3626 de 2005,²⁰ el cual excedía lo dispuesto en el Decreto Ley 765 de 2005,²¹ por cuanto el mencionado el Decreto Reglamentario 3626 de 2005²² establecía como obligatorio, la utilización de las listas de elegibles para proveer las vacantes en empleos iguales o equivalentes a los ofertados en la convocatoria, lo cual, a juicio de dichas entidades, es ilegal, pues, tales listas solo pueden ser utilizadas para llenar las vacantes específicamente ofertadas en la respectiva convocatoria.

(ii). Que la finalidad del Decreto Reglamentario 969 de 2013²³ que se demanda, fue la de armonizar el Decreto Reglamentario 3626 de 2005²⁴ con la Constitución Política y la Ley 909 de 2004,²⁵ toda vez que, en su criterio, las listas de elegibles producto de un proceso de selección no pueden ser utilizadas para proveer cargos no convocados en el concurso respectivo, en consecuencia, advirtieron, que con la expedición del decreto demandado no se modificaron las reglas de la convocatoria, las cuales tienen fuerza vinculante para el respectivo concurso, pues, estas no pueden extenderse para que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no fueron objeto del proceso de selección.

(iii). Las entidades demandadas exponen en sus respectivos escritos de oposición, que el Decreto Reglamentario 0969 de 2013²⁶ se fundamentó en

¹⁹ A folios 361 a 369 del exp. 4043-2013, y 108 a 112 del exp. 1584-2014, obra la contestación a la demanda. Mientras que a folios 415 a 417 del cdno. ppal. del exp. primigenio, militan los alegatos de conclusión.

²⁰ Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 765 de 2005.

²¹ Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

²² Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 765 de 2005.

²³ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

²⁴ Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 765 de 2005.

²⁵ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública, y se dictan otras disposiciones.

²⁶ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

la sentencia de unificación SU-446 de 2011,²⁷ proferida por la Corte Constitucional, en la cual, según aseveran, se argumentó que las listas de elegibles conformadas luego de un proceso público de méritos, solo pueden ser utilizadas para nombrar a las personas que superaron las etapas del concurso y conformaron el registro de elegibles, únicamente en los cargos ofertados en la convocatoria correspondiente, toda vez que utilizarlas para proveer cargos no convocados a concurso, desconoce el derecho de los ciudadanos a participar en igualdad de condiciones para los empleos no convocados.

(iv). Que la norma demandada se limitó a modificar el Decreto Reglamentario 3626 de 2005²⁸ en lo relacionado a la utilización de las listas de elegibles, mas no desconoció el principio del mérito, puesto que las disposiciones demandadas que regulan la utilización de las listas de elegibles obedecen a lo consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política y en la jurisprudencia de las altas cortes, especialmente en la ya citada SU-446 de 2011,²⁹ la cual, según su dicho, es clara al indicar que las listas de elegibles deben ser utilizadas exclusivamente para proveer los cargos ofertados en la convocatoria, y no otros, pese a la existencia de vacantes en cargos similares a los que fueron objeto del proceso de selección.

(v). Que no se vulneró el derecho a la igualdad de ninguno de los concursantes en la convocatoria adelantada por la CNSC al momento de la expedición del acto administrativo demandado, puesto que la parte demandante solo expuso que con la norma impugnada se generó una desigualdad entre los concursantes que conformaron las listas de elegibles con posterioridad a la expedición del Decreto Reglamentario 0969 de 2013³⁰ demandado, y los que ya hacían parte de registros de elegibles, con anterioridad al acto administrativo objeto de la acción de Nulidad de la referencia, sin indicar respecto de quien se predica la desigualdad, las condiciones en que esta se presenta, ni cuál es el acto que genera tal discriminación. Por lo que la parte demandante no cumplió con la carga argumentativa requerida para sustentar este cargo de nulidad por vulneración al principio de igualdad, de conformidad a lo dispuesto por la jurisprudencia Constitucional.

²⁷ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁸ Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 765 de 2005.

²⁹ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁰ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

22. El Ministerio Público, a través de su Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado,³¹ solicitó³² anular el Decreto Reglamentario 0969 de 2013 demandado, alegando para el efecto, que al prohibir el uso de las listas de elegibles para proveer cargos diferentes pero equivalentes a los inicialmente ofertados, desconoce lo dispuesto por el artículos 34.5 del Decreto Ley 765 de 2005,³³ que sí lo permiten.

23. Para la Procuraduría, el Decreto Reglamentario 0969 de 17 de mayo de 2013 demandado, también se encuentra afectado por falsa motivación, puesto que de acuerdo con lo afirmado en el referido concepto, la citada sentencia de la Corte Constitucional SU-446 de 2011,³⁴ no prohíbe categóricamente el uso de las listas de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en el proceso de selección.

24. Sin embargo, el Ministerio Público aclara, que de acuerdo con el contenido del artículo 34 del Decreto Ley 765 de 2005,³⁵ el uso de las listas de elegibles para proveer cargos diferentes pero equivalentes a los inicialmente ofertados, no es una obligación como se sugiere en las demandas acumuladas, sino, una potestad o facultad discrecional de la DIAN.

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA: SE ESTUDIARÁ LA LEGALIDAD DEL DECRETO REGLAMENTARIO DEMANDADO PESE A QUE FUE TÁCITAMENTE DEROGADO POR NORMA POSTERIOR.

25. La Sala inició el estudio de legalidad revisando en primer lugar lo relacionado con la vigencia de la norma demanda, encontrando que el

³¹ Doctora Diana Marina Vélez Vázquez.

³² A través de concepto de No. 00102 de 30 de agosto de 2018, visible a folios 426 a 441 del cdno. ppal. del exp. primigenio.

³³ Ib.

³⁴ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁵ Ib.

Decreto Reglamentario 969 de 2013³⁶ fue tácitamente derogado por la Ley 1739 de 2014,³⁷ cuyo artículo 60 establece sobre el uso de las listas de elegibles en la DIAN, lo siguiente:

«Artículo 60. Carrera específica de la DIAN. Para garantizar que la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) se fortalezca administrativamente y cuente con el personal suficiente para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, la Comisión Nacional del Servicio Civil dará prioridad a los procesos de selección que se convoquen para la provisión definitiva de los empleos pertenecientes al Sistema Específico de Carrera que rige en la DIAN. La vigencia de las listas de elegibles que se conformen será de dos (2) años, y si la convocatoria así lo determina, una vez provistos los empleos ofertados las listas podrán ser utilizadas para proveer en estricto orden de mérito empleos iguales o equivalentes a los convocados; entre tanto, las vacantes podrán ser provistas mediante la figura del encargo y del nombramiento en provisionalidad, sin sujeción al término fijado por las disposiciones que regulan la materia.». (Subraya la Sala).

26. Como puede apreciarse, el Decreto Reglamentario 969 de 2013³⁸ que aquí se demanda, fue tácitamente derogado por el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014.³⁹ Por lo tanto, la Sala estima necesario estudiar como cuestión previa, si es posible, sí o no, el juzgamiento del decreto reglamentario demandado pese a que a ya no está vigente, por haber sido derogado.

27. Sobre el particular, desde la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de enero de 1991,⁴⁰ 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, así como de los que perdieron su ejecutoriedad. En efecto, el Consejo de Estado dijo en aquella oportunidad, que:

³⁶ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

³⁷ Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones..

³⁸ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

³⁹ Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones..

⁴⁰ Expediente S-157.

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

28. Recientemente, esta Sala reiteró esta posición en sentencia de 7 diciembre de 2016,⁴¹ 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.».*⁴²

29. En el presente caso, pese a que para la fecha de expedición de esta providencia, el decreto demandado está derogado, la Sala, en aplicación del citado criterio jurisprudencial, revisará su legalidad puesto que (i) es innegable que produjo efectos durante el tiempo en que estuvo vigente; y (ii) su derogatoria por parte del artículo 60 la Ley 1739 de 2014,⁴³ no

⁴¹ 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».

⁴² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 7 de diciembre de 2016 (Exp. 11001032500020120057100 (2139-2012) Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴³ Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones..

comprendió un estudio de legalidad, tarea que sólo puede ser realizada con criterio de autoridad por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

PROBLEMA JURÍDICO

30. Los argumentos expuestos por la parte demandante y sus coadyuvantes, los motivos de oposición aducidos por las entidades intervinientes, así como los razonamientos del Ministerio Público, muestran a esta Corporación que los problemas jurídicos a resolverse en este proceso de Nulidad, es el siguiente:

31. Determinar, si en el marco de la carrera administrativa especial de la DIAN, es legalmente posible sí o no, utilizar las listas de elegibles para proveer cargos que no fueron inicialmente ofertados en la Oferta Pública de Empleos del respectivo concurso, siempre y cuando sean iguales o equivalentes.

32. Con miras a atender la censura propuesta, la Sala inicia el estudio precisando de manera breve, el concepto o naturaleza que las listas o registros definitivos de elegibles.

NATURALEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES

33. Las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Es decir, se trata del acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo a sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico.

34. A través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta.

35. Entonces, la lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.⁴⁴

36. Este acto tiene una vocación transitoria o temporal toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo, lo cual refuerza su obligatoriedad, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso.

37. Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes.

38. Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

39. Definida entonces, brevemente, la naturaleza de las listas o registros de elegibles, procede la Sala a revisar las normas invocadas como vulneradas por la parte demandante, teniendo en mente que su inconformidad gira en torno al alcance de los registros de elegibles, es decir, a si pueden ser utilizadas o no, mientras estén vigentes, para proveer cargos que no fueron inicialmente ofertados en la Oferta Pública de Empleos (OPEC) del respectivo concurso público de méritos:

Decreto Ley 765 de 2005, por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de abril de 2014, expediente No. 15001-23-33-000-2013 – 00563-02, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

40. En lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en la DIAN, la norma vigente al momento de expedirse el acto administrativo demandado es el,⁴⁵ cuyo artículo 34.5 establece lo siguiente:

«34.5. Lista de elegibles. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Con base en los resultados del concurso y con quienes hayan aprobado el mismo, se conformará una lista de elegibles, en estricto orden de mérito, cuya vigencia será de un año. Los empleos objeto de la convocatoria serán provistos a partir de quien ocupe el primer puesto de la lista y en estricto orden descendente.

Las listas de elegibles podrán ser utilizadas para proveer otros empleos vacantes siempre que sean compatibles con los requisitos y el perfil del rol del empleo, previo concepto motivado de la jefatura de Gestión Humana.».

41. Como puede apreciarse, el artículo 34.5 del Decreto Ley 765 de 2005,⁴⁶ contentivo de la normativa que regula el régimen especial de carrera administrativa de la DIAN, permite usar las listas de elegibles para proveer cargos de carrera no contemplados inicialmente en la oferta pública de empleos.

42. Ahora bien, como viene dicho, al modificar el Estatuto Tributario, a través de la Ley 1739 de 2014,⁴⁷ el legislador mismo preciso en el artículo 60 de dicha ley, sobre el uso de las listas de elegibles en la DIAN, lo siguiente:

«Artículo 60. Carrera específica de la DIAN. Para garantizar que la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) se fortalezca administrativamente y cuente con el personal suficiente para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, la Comisión Nacional del Servicio Civil dará prioridad a los procesos de selección que se convoquen para la provisión definitiva de los empleos pertenecientes al Sistema Específico de Carrera que rige en la DIAN. La vigencia de las listas de elegibles que se conformen será de dos (2) años, y si la convocatoria así lo determina, una vez provistos los empleos ofertados las listas podrán ser utilizadas para proveer en estricto orden de mérito empleos iguales o equivalentes a los convocados; entre tanto, las vacantes podrán ser provistas mediante la figura del encargo y del nombramiento en provisionalidad, sin sujeción al término fijado por las disposiciones que regulan la materia.». (Subraya la Sala).

⁴⁵ Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁴⁶ Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁴⁷ Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones..

43. De acuerdo con lo expuesto, al modificar el Estatuto Tributario, a través de la Ley 1739 de 2014,⁴⁸ el legislador preciso en el artículo 60 de dicha ley, que si la convocatoria así lo determina, una vez provistos los empleos ofertados las listas podrán ser utilizadas para proveer en estricto orden de mérito empleos iguales o equivalentes a los convocados.

44. El planteamiento que formula la parte accionante, conlleva la realización de un ejercicio de comparación entre el acto administrativo demandado y las normas invocadas como violadas, verificación que realiza la Sala a continuación:

Decreto Ley 765 de 2005 ⁴⁹	Ley 1739 de 2014 ⁵⁰	Decreto Reglamentario 0969 de 2013 ⁵¹
Artículo 34. (...) 34.5. Lista de elegibles. Con base en los resultados del concurso y con quienes hayan aprobado el mismo, se conformará una lista de elegibles, en estricto orden de mérito, cuya vigencia será de un año. Los empleos objeto de la convocatoria serán provistos a partir de quien ocupe el primer puesto de la lista y en estricto orden descendente. <u>Las listas de elegibles</u>	Artículo 60. Carrera específica de la DIAN. Para garantizar que la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) se fortalezca administrativamente y cuente con el personal suficiente para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, la Comisión Nacional del Servicio Civil dará prioridad a los procesos de selección que se convoquen para la provisión definitiva de los empleos pertenecientes al Sistema Específico de Carrera que rige en la DIAN. La vigencia	Artículo 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, <u>sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos</u>, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 54 del Decreto Ley

⁴⁸ Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones..

⁴⁹ Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁵⁰ Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones..

⁵¹ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

<u>podrán ser utilizadas para proveer otros empleos vacantes siempre que sean compatibles con los requisitos y el perfil del rol del empleo, previo concepto motivados de la Jefatura de Gestión Humana.</u>	de las listas de elegibles que se conformen será de dos (2) años, y si la convocatoria así lo determina, una vez provistos los empleos ofertados las listas podrán ser utilizadas para proveer en estricto orden de mérito empleos iguales o equivalentes a los convocados; entre tanto, las vacantes podrán ser provistas mediante la figura del encargo y del nombramiento en provisionalidad, sin sujeción al término fijado por las disposiciones que regulan la materia.	765 de 2005.
--	---	--------------

45. La comparación entre el acto administrativo demandado, esto es, Decreto Reglamentario 0969 de 2013,⁵² con la norma en que debía fundarse, o sea, Decreto Ley 765 de 2005,⁵³ que era la que se encontraba vigente al momento de su expedición, y con la Ley 1739 de 2014,⁵⁴ que reguló la materia con posterioridad a la presentación de la demanda, muestra de manera clara, que el contenido normativo del mencionado Decreto Reglamentario 0969 de 2013,⁵⁵ es contrario tanto al referido Decreto Ley 765 de 2005, como a la Ley 1739 de 2014, pues, mientras estos permiten permite usar la lista de elegibles para proveer cargos de carrera no contemplados inicialmente en la oferta pública de empleos, el decreto reglamentario aquí demandado lo prohíbe.

46. De lo hasta aquí expuesto se concluye, que al prohibir la utilización de las listas de elegibles para proveer empleos que no fueron ofertados en el respectivo concurso, el decreto reglamentario demandado contradice el artículo 34.55 del Decreto Ley 765 de 2005, que regula el régimen de carrera administrativa especial de la DIAN, y el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, que modificó el Estatuto Tributario, normas de superior jerarquía que

⁵² Ib.

⁵³ Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁵⁴ Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones.

⁵⁵ Ib.

de manera expresa permiten que los registros de elegibles sean utilizados para cubrir plazas que no hicieron parte de la Oferta Pública de Empleos del respectivo concurso, siempre que exista las notas de equivalencia o similitud.

47. Agrega la Sala, que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado sobre la materia objeto de estudio en esta providencia, como pasa a explicarse.

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

48. Sobre el tema objeto de estudio, la Corte Constitucional se ha pronunciado puntualmente en dos oportunidades: (i) en la sentencia de constitucionalidad C-319 de 2010, al resolver una demanda de constitucionalidad contra un apartado normativo de la Ley 201 de 1995, «*Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación*» y de la Defensoría del Pueblo, y (ii) a través de la sentencia de unificación SU-446 de 2011,⁵⁶ al estudiar varias demandas de tutela presentadas por varios de los inscritos en uno de los concursos de la Fiscalía General de la Nación. Veamos:

C-319 de 2010⁵⁷

49. En la referida sentencia, la Corte estudia una demanda de constitucionalidad presentada contra la expresión «*podrá*» contenida en el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, «*Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación*», y de la Defensoría del Pueblo, precisando que el decreto ley 262 de 2000 derogó parcialmente la mencionada ley, es decir, sólo en relación con la primera entidad, quedando vigente respecto al régimen de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo. La norma estudiada es la siguiente:

«Artículo 145. Lista de elegibles. *La lista de elegibles se establecerá por resolución y de acuerdo con los resultados del concurso, tomando los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito. La lista de elegibles tendrá vigencia hasta de 6 meses y con las personas que figuren en ella se deberán proveer las vacantes que se presenten en los cargos para los cuales se conformó. También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación.».* (Subraya la Sala).

⁵⁶ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁷ Con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

50. Sobre el particular la Corte razonó lo siguiente:

«El término “podrá”, empleado en el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, ¿es una facultad o, por el contrario, un mandato imperativo para el nominador (un deber)?

*La Corte considera que, (...) **una interpretación conforme con la Constitución**, la cual será acogida por la Corte, apunta a señalar que se trata realmente de un deber y no de una facultad, por cuanto la única forma de ingresar a la carrera administrativa, es decir, a ocupar un cargo público en propiedad, es mediante la superación de un concurso público de méritos. En otras palabras, un nominador no puede contar con la facultad de decidir si hace nombramientos en propiedad en relación con personas que han superado un concurso de méritos. La anterior interpretación, a su vez, se sustenta en las siguientes razones.*

(...)

La jurisprudencia constitucional constante de la Corte en cuanto a la obligación de nombrar en propiedad a quienes han superado un concurso de méritos. Esta Corporación ha sostenido que, en virtud del artículo 125 Superior, la regla general que rige el ingreso a la carrera administrativa es el concurso público de méritos. De allí que haya entendido que no se trata de una facultad sino de un deber de nombrar en propiedad a quienes han superado el mencionado concurso, de conformidad con su ubicación en la respectiva lista de elegibles, comenzando por quien obtuvo el primer lugar. En tal sentido, recientemente en sentencia C- 181 de 2010, a propósito del examen del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en relación con la elección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, la Corte consideró que cuando el legislador o la administración deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, tienen la **obligación** constitucional de velar por la realización del principio fundamental del mérito que debe favorecer al concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. Como se puede advertir, no se trata de una facultad sino de un deber.

El acatamiento de los principios que rigen la función administrativa. En los términos del artículo 209 Superior, la función administrativa está orientada, entre otros por los principios de economía, eficiencia y eficacia. En tal sentido, el nombramiento de personal en la Defensoría del Pueblo, mediante el mecanismo previsto en la norma acusada, apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo, tal y como la interviniente lo reconoce:

“Las convocatorias a concursos de méritos para la planta global de la Defensoría del Pueblo, que es a la que se refiere la norma aquí demandada, como sucede usualmente en la gestión administrativa, están predeterminadas no sólo por el número de vacantes a proveer en un espacio de tiempo determinado, sino por los costos que implica la

correspondiente convocatoria y, consecuentemente, por la capacidad presupuestal. Por esta razón, y dado que la Defensoría del Pueblo no cuenta con recursos propios, los concursos de méritos no siempre resultan convocados para la totalidad de las vacantes, sino por el número de cargos disponibles que sea posible proveer mediante concurso público dados los recursos presupuestales, técnicos y humanos con los que cuenta la Entidad en un período de tiempo determinado.

De lo anterior se puede apreciar la importancia que las listas de elegibles significan para cualquier Entidad y, en particular, para la Defensoría del Pueblo, en virtud de las inveteradas restricciones presupuestales a las que se encuentran sometidas por la rigidez del sistema presupuestal y financiero nacional”.

Como se puede advertir, no se trata de un argumento de conveniencia, ajeno al juicio de constitucionalidad de las leyes, sino soportado en los dictados del artículo 209 Superior.

(...)

El artículo prevé un segundo supuesto fáctico que es el siguiente: dentro de los 6 meses de vigencia de la lista de elegibles, de llegar a presentarse otras vacantes en cargos de igual o inferior grado, correspondientes a la misma denominación, el nominador deberá proveerlas, de forma definitiva, realizando nombramientos en propiedad con personas que figuren en la inicial lista de elegibles.

(...)

Como se ha explicado, la disposición acusada le permite al Defensor del Pueblo utilizar una lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. Se pretende, de esta forma, vincular a la Entidad a personas que han concursado para un determinado cargo, en otro semejante o de inferior categoría. A su vez, la Corte adelantando una interpretación de la norma, conforme con la Constitución, concluyó que se trata realmente de un deber y que los nombramientos son realizados en propiedad y no en provisionalidad.

Ahora bien, como se ha explicado, el demandante planteó dos cargos de inconstitucionalidad en relación con la mencionada disposición. Uno primero, que apunta a señalar que el recurso a la lista de elegibles previamente elaborada constituye un deber y no de una facultad del nominador; el segundo, que indica que se estarían violando los derechos de los ciudadanos que aspiraban a presentarse a concursar para una nueva vacante, pero que, debido a la aplicación de la norma, no pueden hacerlo.

En lo que concierne a los cargos de **igual grado** y denominación, el recurso obligatorio a la lista de elegibles ya elaborada no vulnera la Constitución por cuanto (i) se están nombrando personas que superaron un concurso de méritos para el mismo cargo, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública; (ii) la norma se aplica en supuestos muy puntuales por cuanto la lista debe estar vigente (6 meses), a cuya expiración deberá hacerse un nuevo concurso; y (iii) las dificultades presupuestales que afectan a la Defensoría del Pueblo, y que le impiden realizar constantes concursos de méritos, a efectos de proveer las vacantes que se presenten en los cargos de carrera administrativa, justifican que el nominador acuda a una lista de elegibles, debidamente conformada por ciudadanos que participaron en igualdad de condiciones, a efectos de proveer otro cargo de idéntico grado y denominación que yace vacante, en vez de recurrir al expediente de la provisionalidad.

Ahora bien, en gracia de discusión se podría argumentar que resultaría más conforme con el espíritu del artículo 125 Superior, declarar inexecutable la expresión acusada, bajo la lógica de que cada vez que se presente una vacante en la administración pública deberá abrirse un concurso de méritos y surtir el cargo únicamente con quienes participaron en el mismo. Aunque ello es el ideal en un sistema de carrera, lo cierto es que declarar inexecutable la norma acusada conduciría a un resultado contrario precisamente con el sentido del artículo 125 Superior por cuanto, dadas las dificultades presupuestales que aquejan a la Defensoría del Pueblo, tal y como lo destaca su titular, ante la imposibilidad de realizar concursos públicos con la necesaria regularidad, se tendrían que realizar nombramientos en provisionalidad.

Así las cosas, la Corte considera necesario condicionar en primer lugar la exequibilidad de la norma en el sentido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.

(...)

El nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos. Lo anterior, bien entendido, durante el tiempo de vigencia de la lista de elegibles (6 meses).

(...)

En este orden de ideas, la Corte declarará **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, e **INEXEQUIBLE** la expresión “o inferior” del mismo artículo.».

51. Entonces, en resumen, en la sentencia C-319 de 2010, para el caso de la Defensoría del Pueblo, la Corte Constitucional, acogió el criterio según el

cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque (i) de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; y (ii) en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.

SU-446 de 2011⁵⁸

52. En la sentencia SU-446 de 2011⁵⁹ se estudian varias demandas de tutela presentadas por varios de los inscritos en uno de los concursos de la Fiscalía General de la Nación, estableció que la lista de elegibles conformada como resultado de un proceso de selección, durante su vigencia, podrá ser utilizada únicamente para proveer los cargos que fueron expresamente ofertadas en la convocatoria. Sin embargo, en la mencionada sentencia la Corte Constitucional acepta que tanto el Legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

53. Dijo entonces la Corte:

«Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados. En términos generales, debemos decirlo, el Estado convoca a un concurso público porque tiene plazas vacantes u ocupadas en provisionalidad que deben ser provistas mediante el sistema de concurso público, pues, tal como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-455 de 2000 “Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo (pues) carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento. En

⁵⁸ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁹ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo.

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”⁶⁰.

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionales para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados.

¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación.

⁶⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez., pág 134.

Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso (...).».

54. De los apartes de la sentencia de unificación hasta ahora transcritos, se infiere entonces, que para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la lista de elegibles conformada como resultado de un proceso de selección, durante su vigencia, podrá ser utilizada únicamente para proveer los cargos que fueron expresamente ofertadas en la convocatoria.

55. Sin embargo, en la providencia de unificación objeto de estudio, la Corte Constitucional hace referencia a una excepción a la regla antes expuesta, respecto del uso de las listas de elegibles, la cual fue previamente, establecida en la sentencia C-319 de 2010,⁶¹ en la que se analizó la constitucionalidad de una disposición reguladora del Sistema Especial de la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo, similar a la que fue dispuesta en el artículo 34 del Decreto Ley 765 de 2005,⁶² y en el modificado inciso 4.º del artículo 28 del Decreto Reglamentario 3626 de 2005.⁶³

56. Sobre tal asunto la Corte señaló que:

«...lo expresado hasta aquí no contradice ni desconoce lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010⁶⁴ sobre el deber de la administración de hacer uso del

⁶¹ M.P. Humberto Sierra Porto.

⁶² Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁶³ «Una Vez provistos los empleos objeto del concurso, se deberán utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en empleos iguales o equivalentes.».

⁶⁴ M.P. Humberto Sierra Porto.

registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, entidad con un régimen especial de carrera. Es cierto que la Fiscalía General de la Nación también tiene un régimen especial de carrera, frente a la cual el legislador no consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en esa oportunidad por esta Sala, razón por la que no se puede afirmar que nos encontremos ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico.

Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.

(...)

... la lista de elegibles sólo tiene la vocación de servir para la provisión de los empleos objeto de la convocatoria, en donde el número de éstos es una regla de forzosa observancia, excepción hecha de los casos en que el legislador o la entidad convocante, expresamente incluyan una cláusula que admita su utilización para un número mayor de plazas ofertadas en el evento de vacantes en su vigencia.».

57. De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional acepta que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

PRECEDENTE CONTENCIOSO

58. El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean

equivalentes o similares. En reciente sentencia de 26 de julio de 2018, proferida en el expediente 2015-1101 (4970-2015), la Sección Segunda de esta Corporación⁶⁵ conservó la presunción de legalidad de varios apartados del Acuerdo No. 001 de 9 de abril de 2015, «por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial», que así lo señalaban. Dijo entonces el Consejo de Estado:

«Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles.

En este punto, la Sala retoma y afianza el argumento expuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho y por la Superintendencia de Notariado y Registro, cuando señalan, que para el caso en concreto, no tiene sentido realizar un esfuerzo presupuestal de más de 6 mil millones de pesos desarrollando el concurso público de méritos, cuyo resultado es una lista de elegibles que sólo se usaría para proveer las vacantes ofertadas, pudiendo realizar una utilización más eficiente de dichos recursos, permitiendo que mientras esté vigente, dicho registro definitivo de elegibles sea utilizado para cubrir vacantes adicionales a las ofertadas cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación. Sin lugar a dudas, ello permite un uso racional de los recursos públicos, ya que se evita tener que convocar nuevos concursos a muy corto plazo, tantos como vacantes se vayan presentando, con los altos costos que ello demanda para el erario público, por cuanto no se obliga a la administración a efectuar concursos cada vez que se presenten vacantes, haciéndose uso del registro de elegibles que se encuentre vigente, el cual existe para llevar a cabo la provisión de cargos en forma rápida y eficaz, conforme con las reglas del mérito.

Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario. Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios,

⁶⁵ Con ponencia de la Consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez.

descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad.

Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad.

(...)

En el caso objeto de análisis, observa la Sala que en lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en el Sistema Específico de Carrera Notarial, para el último concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, en las bases mismas de la convocatoria se estableció que una vez provistos la totalidad de los cargos ofertados en la convocatoria, se puedan usar los registros de elegibles, para proveer eventuales cargos vacantes, aunque estos no hayan sido objeto de oferta en el proceso de selección, así como para proveer las notarías que se lleguen a crear durante la vigencia de las listas de elegibles.

Por lo tanto, para la Sala se encuentran satisfechas las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando habilitó el uso de las listas de elegibles para proveer empleos no ofertados inicialmente en la respectiva convocatoria, esto es, (i) que las bases de la respectiva convocatoria así lo establezca, y (ii) que los cargos que no fueron sacados a concurso al inicio del proceso de selección, y que se proveerían con las listas de elegibles, sean iguales o equivalentes a aquellos para los que se conformaron esos registros de elegibles.

En consecuencia, para el caso concreto es aplicable la excepción dispuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010 y reiterada en la SU-446 de 2011, según la cual, el uso de la lista de elegibles para proveer cargos diferentes a los ofertados es procedente, siempre y cuando las bases de la convocatoria respectiva lo permitan y los empleos no contemplados inicialmente en el proceso de selección, sean iguales o equivalentes a los ofertados.

Por otra parte, en criterio de esta Corporación y, para el caso concreto del concurso de notarios adelantado en virtud de la convocatoria abierta mediante el demandado Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, es totalmente razonable, proporcional y justificado considerar utilizar de manera eficiente todo el esfuerzo que el Consejo Superior de la Carrera Notarial ha desarrollado para sacar adelante el proceso de selección, los recursos económicos sufragados, así como el talento humano que se ha desplegado; siendo este el norte o propósito que guía la regla contenida en la convocatoria que implica el alcance de la lista de elegibles para permitir su uso más allá de la provisión de las notarías inicialmente ofertadas, y de esta manera, cubrir también las que, durante la vigencia del registro de elegibles, quedaren vacantes o fueren creadas.

En ese sentido, luego del estudio realizado, la Sala considera que los apartes normativos demandados del artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, al autorizar a los aspirantes inscritos en el concurso que fueron incluidos en las listas de elegibles, a que opten por aquellas notarías que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera, o que se llegaren a crear por el Gobierno Nacional durante la vigencia de las listas, no es contrario a las normas invocadas como vulneradas.».

59. Así pues, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han señalado, que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

60. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala ordenará la anulación del Decreto Reglamentario 0969 de 2013,⁶⁶ pues, al prohibir la utilización de las listas de elegibles para proveer empleos que no fueron ofertados en el respectivo concurso, el decreto reglamentario demandado desconoce el artículo 34.55 del Decreto Ley 765 de 2005, que regula el régimen de carrera administrativa especial de la DIAN, y el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, que modificó el Estatuto Tributario, así como la jurisprudencia reseñada.

EFFECTOS DE ESTA PROVIDENCIA

61. Ahora bien, como las partes en este proceso han señalado que en vigencia del Decreto Reglamentario 0969 de 2013⁶⁷ se adelantaron varios concursos de mérito para proveer cargos de la carrera administrativa especial de la DIAN, es necesario fijar los efectos de la presente providencia.

62. Al respecto, la Sala aclara que como el medio de control invocado por la parte demandante fue el de Nulidad, la presente sentencia sólo se ocupó de

⁶⁶ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁶⁷ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

estudiar la legalidad de la norma demandada en abstracto y de manera general y objetiva, sin considerar las situaciones particulares de los participantes en los diferentes concursos públicos que se adelantaron para proveer empleos de la carrera administrativa especial de la DIAN; por lo tanto, esta no genera la reviviscencia de listas o registros de elegibles, ni es constitutiva de derecho alguno a reclamar nombramientos al interior de la DIAN a partir de listas de elegibles que ya hubieren vencido durante la vigencia del Decreto Reglamentario 0969 de 2013.⁶⁸

CONSIDERACIÓN FINAL

63. Por último, en atención a que la providencia de 18 de septiembre de 2017 que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Decreto Reglamentario 0969 de 2013,⁶⁹ fue objeto del recurso de súplica, el cual aún no ha sido resuelto, la Sala trae a colación los artículos 229 y 230 de la Ley 1437 de 2011⁷⁰ que señalan, entre otras, que el objeto de las medidas cautelares es garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

64. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que con la expedición de la presente sentencia se resuelve de fondo y de manera definitiva el objeto del proceso, en aplicación de los principios de sustracción de materia, carencia de objeto, economía procesal, eficiencia y celeridad, se dispondrá, por carencia de objeto, la Sala considera que no es necesario pronunciarse respecto del recurso de súplica que se surte contra el referido auto de 18 de septiembre de 2017 que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Decreto Reglamentario 0969 de 2013.⁷¹

65. 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.- Por los motivos señalados, **ANULAR** el Decreto Reglamentario 0969 de 2013, expedido por el señor Presidente de la República con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público y de la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, *«Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005»*, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, *«Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los*

⁶⁸ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁶⁹ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

⁷⁰ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁷¹ Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN».

SEGUNDO.- Por sustracción de materia o carencia de objeto, la Corporación no se pronunciará respecto del recurso de súplica interpuesto contra el auto de 18 de septiembre de 2017, que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Decreto Reglamentario 0969 de 2013.⁷²

TERCERO.- Cópiese, notifíquese y cúmplase.

CUARTO.- 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

⁷² Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.