



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Expediente: 11001-03-25-000-2016-00988-00 (4469-2016)¹
Medio de control: Nulidad
Demandante: Gustavo Adolfo Briceño Patarroyo y Otros²
Demandadas: Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC);³
 Secretaría Distrital de Hacienda (SDH)⁴

La Sala conoce el presente asunto⁵ para proferir sentencia de única instancia.

I.- LAS DEMANDAS ACUMULADAS

La presente causa judicial acumula 51 demandas de Nulidad promovidas con el propósito de solicitar: (i) la nulidad del Acuerdo 542 de 2015,⁶ por el que la CNSC convocó a concurso público de méritos para proveer en propiedad 806 empleos de carrera administrativa de la SDH, proceso de selección que la Comisión identificó como Convocatoria 328 de 2015; y (ii) la nulidad de la Resolución 101 de 15 de abril de 2015, expedida por la

¹ Al proceso de «Nulidad» de la referencia, fueron acumulados los siguientes 51 expedientes de la misma naturaleza: 4440-2016, 4472-2016, 4474-2016, 4475-2016, 4476-2016, 4477-2016, 4478-2016, 4479-2016, 4623-2016, 4756-2016, 4757-2016, 4763-2016, 4764-2016, 4766-2016, 4767-2016, 4768-2016, 4769-2016, 4770-2016, 4771-2016, 4772-2016, 4773-2016, 4774-2016, 4775-2016, 4776-2016, 4777-2016, 4970-2016, 4972-2016, 4973-2016, 4974-2016, 4975-2016, 4976-2016, 4977-2016, 4978-2016, 4979-2016, 4982-2016, 4983-2016, 4984-2016, 5121-2016, 5255-2016, 5256-2016, 5258-2016, 5259-2016, 5260-2016, 5261-2016, 5263-2016, 5264-2016, 5265-2016, 5266-2016, 5267-2016, 5268-2016 y 0001-2017.

² El listado completo de los demandantes es el siguiente: Clara Cecilia López Barragán, Andrés Hernando Rodríguez Oviedo, Andrea Paola Peña Moya, Luz Dary Corredor Moreno, Jehimi Rodríguez Quiroga, Julio César Garzón Díaz, Margarita Nohemí Rendón Betancourt, Jenny Del Pilar Cortés Torres, Mariluz Aldana Alzate, Ricardo Alberto Mancera Garzón, Yenny Durley Fernández León, Julio César Cepeda Barrera, Claudia Elizabeth Bohórquez Hernández, Mauricio Ramírez Sogamoso, Ana María Osorio Lucely, Sandra Patricia Cruz Hoyos, Jhonny Leandro Jiménez Tunjo, Elizabeth Sotelo Gaviria, Margarita Acevedo Beltrán, Liliana María Posada Abella, Rodly Katherine Ortiz Alzate, Andrea Montaña García, Elvert Johany Galeano Ortiz, Ruddy Navarro Poveda, Julio Cesar Castañeda Pérez, Javier Enrique Romero Bustos, Nancy Perilla Amaya, Claudia Milena Riveros Cubillos, Embert Eddic Perdomo Medina, Sandra Milena Ovalle Guerrero, Lucely Ortiz Vásquez, Rafael Francisco Fonseca Aguasaco, Pedro César Martínez Márquez, Yazmin Silva Martínez, Patricia Vásquez Gutiérrez, Bibiana Stella Pérez Gaona, Jimmy Aldemar Caballero Quiroga, Eliana Marcela González Ortega, Danilo Londoño Guio, Sandra Ceneyt Meza Sanabria, Sergio Andrés Buitrago Monroy, Claudia Liliana Contreras Fernández, Bertha Cecilia Castañeda Hernández y Myriam Stella Tauta Aguilar, Simor Smith Rico Gamboa, María del Pilar Contreras Tovar, Claudia Patricia Contreras Cañizares, Julia Velandia Becerra, Sandra Bibiana Leal Mosquera, Leidy Dayana Viscaya Quintian, Nelsy Viberly Mejía Vargas, y Ana María Osorio Mejía.

³ En adelante CNSC.

⁴ En adelante SDH.

⁵ Con informe de la Secretaría de 31 de mayo de 2019, visible a fl. 1240 del cdno. ppal. del exp. 4469-2016.

⁶ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría Distrital de Hacienda, Convocatoria 328 de 2015 - SDH.

SDH, «por la cual se establece el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de planta de cargos».

II.- CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS DEMANDAS ACUMULADAS

La lectura integral y detallada de las demandas acumuladas muestra a la Sala, que las censuras o reparos formulados contra la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, son las siguientes:

2.1.- Expedición irregular de la Convocatoria 328 de 2015, por desconocimiento del artículo 31 de la Ley 909 de 2004,⁷ ya que el acuerdo de convocatoria fue suscrito únicamente por el Presidente de la CNSC, sin la firma del representante legal de la SDH.⁸ Los demandantes manifiestan, que según el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 19 de agosto de 2016, identificado con el radicado 2307, proferido en el expediente 2016-00128-00,⁹ las convocatorias a concurso público de méritos, por orden del mencionado artículo 31 de la Ley 909 de 2004,¹⁰ deben ser suscritas por el Presidente de la CNSC y por el «jefe de la entidad beneficiaria del concurso». Por lo tanto, aseguran que la circunstancia descrita es muestra de que el Acuerdo 542 de 2015¹¹ fue expedido de manera irregular, ya que la CNSC por sí sola no es competente para convocar a concurso público de méritos, sino que, en virtud del deber de coordinación impuesto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004,¹² dicho acto administrativo debe ser suscrito además por la entidad a la cual pertenecen los empleos ofertados en el concurso que se convoca, que en este caso es la SDH.

2.2.- Desconocimiento de los principios constitucionales de objetividad, imparcialidad y mérito, porque en la Convocatoria 328 de 2015 se estableció, entre otras, una prueba de «entrevista» con carácter «eliminatorio». Los demandantes señalan, que para el caso de la Convocatoria 328 de 2015, la CNSC estableció, que una de las pruebas a aplicarse a los concursantes de los Grupos I y II sería una «entrevista» con carácter «eliminatorio», lo cual, en su criterio, desconoce los aludidos principios constitucionales que deben guiar los concursos para ingresar al «Sistema General de Carrera Administrativa», consagrados en los artículos 40 y 125 de la Constitución, así como en el 28 de la Ley 909 de 2004.¹³ Porque según aseguran, la referida prueba sólo puede tener carácter «clasificador», ya que dicho instrumento de valoración de las calidades de los concursantes, es altamente «subjetivo», pues, depende de las impresiones

⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁸ Éste argumento fue planteado en los expedientes 4766-2016, 4767-2016, 4768-2016, 4770-2016, 4771-2016, 4775-2016, 4776-2016, 4777-2016, 5259-2016, 5266-2016, 5267-2016 y 5268-2016.

⁹ Con ponencia del Consejero German Bula Escobar.

¹⁰ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹¹ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría Distrital de Hacienda SDH, Convocatoria No. 328 de 2015 SDH.

¹² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹³ Ib.

particulares y prejuicios personales de los entrevistadores. Afirman además, que en el marco de la Convocatoria 328 de 2015, la «entrevista» tiene un peso porcentual del 15% en el puntaje final que acumule cada concursante, cifra que consideran mínima y que por lo tanto, no justifica su carácter «eliminatorio», porque, según ellos, se desconoce la calificación obtenida en los demás pruebas que se realizaron en desarrollo del concurso de méritos, tales como la de «valoración de antecedentes», «competencias básicas», «competencias funcionales» y la de «competencias comportamentales» que sumadas corresponden al 85% de la calificación final. En ese sentido, para la parte demandante, al atribuirle carácter «eliminatorio» a la prueba de «entrevista», la CNSC «distorsionó» y dejó «en un segundo plano» la importancia de las demás pruebas, ignorando los mencionados principios constitucionales.¹⁴

2.3.- Vulneración del derecho constitucional a la igualdad, consagrado en el artículo 13 superior, puesto que únicamente se estableció la prueba de entrevista para los concursantes a los empleos que se ofertaron en lo que la Convocatoria denominó Grupos I y II, pese a que, supuestamente, tales empleos tienen asignadas funciones y tareas idénticas a las de los empleos ofertados en los Grupos III y IV.¹⁵ Adicionalmente, los accionantes expresan que en desarrollo de la Convocatoria, fueron ofertados empleos que, pese a tener asignadas las mismas funciones o tareas, el salario fijado para cada uno de ellos es diferente.

2.4.- Trásgresión del principio constitucional de publicidad, consagrado en los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución y, 8 y 65 de la Ley 1437 de 2011,¹⁶ dado que la SDH omitió publicar en el Diario Oficial, la Resolución 101 del 15 de Abril de 2015, «por la cual se establece el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de planta de cargos» de la entidad. Señalan los accionantes, que el mencionado acto administrativo es de carácter general y hace parte integral de la Convocatoria 328 de 2015, pues, señala los requisitos exigidos para el desempeño de los empleos ofertados, conforme se definió en la Oferta Pública de Empleo, OPEC.¹⁷

2.5.- Desconocimiento de la Ley 1006 de 2006¹⁸ porque, según los demandantes, para proveer los empleos vacantes de carácter administrativo ofertados en la Convocatoria 328 de 2015, no se incluyó a los profesionales de la «Administración Pública»,¹⁹ como supuestamente lo exige la mencionada norma, en virtud de la cual se regula el ejercicio de la aludida profesión.

¹⁴ Este argumento fue expuesto en el expediente 4469-2016, que es el primigenio, y en las demandas 4440-2016, 4472-2016, 4474-2016, 4476-2016, 4477-2016, 4478-2016, 4479-2016, 4623-2016, 4970-2016, 4974-2016, 4975-2016, 4977-2016, 4978-2016, 4979-2016, 4983-2016 y 5258-2016.

¹⁵ Este argumento fue planteado en los expedientes 4756-2016, 4757-2016, 4763-2016, 4764-2016, 4772-2016, 4773-2016, 4774-2016, 5121-2016, 5255-2016, 5260-2016, 5261-2016, 5264-2016 y 0001-2017.

¹⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁷ Este argumento fue planteado en los expedientes 4756-2016, 4757-2016, 4763-2016, 4764-2016, 4769-2016, 4772-2016, 4773-2016, 4774-2016, 4972-2016, 4973-2016, 4976-2016, 4982-2016, 5121-2016 y 5255-2016.

¹⁸ Por la cual se reglamenta la profesión de Administrador Público y se deroga la Ley 5ª de 1991.

¹⁹ Este argumento fue planteado en los expedientes 4973-2016 y 4976-2016.

2.6.- Desconocimiento de las leyes 594 de 2000²⁰ y 1409 de 2010,²¹ porque de acuerdo con la parte demandante, se omitió incluir a los profesionales de la «Archivística» para efectos de la provisión de las vacantes relacionadas con las funciones de archivo y gestión documental,²² como supuestamente lo exige la mencionada norma, en virtud de la cual se regula el ejercicio de la aludida profesión.

III.- OPOSICIÓN²³

Para oponerse a las demandas acumuladas y defender la presunción de legalidad de la Convocatoria 328 de 2015 y de la Resolución 101 de 15 de abril de 2015, expedida por la SDH,²⁴ acudieron al presente proceso la CNSC,²⁵ la SDH²⁶ y numerosos coadyuvantes, cuyas intervenciones conforman más de 2.000 folios.²⁷

Los argumentos expuestos por quienes intervinieron en defensa de la legalidad de los actos administrativos demandados, son los siguientes:

3.1.- Frente al primer reparo, relacionado con la vulneración del artículo 31 de la Ley 909 de 2004,²⁸ las referidas entidades y sus coadyuvantes alegaron:

⇒ Que el constituyente de 1991 le otorgó a la CNSC la función de administrar y vigilar el sistema general de carrera administrativa de manera autónoma e independiente;

²⁰ Por la cual se dicta la Ley General de Archivos

²¹ Por la cual se regula el ejercicio profesional de la Archivística y se dicta el Código de Ética de dicha profesión.

²² Éste argumento fue planteado en los expedientes 5259-2016, 5267-2016 y 5268-2016.

²³ En este apartado, la Sala presenta un resumen de los argumentos expuestos por las entidades públicas y los intervinientes que concurrieron al proceso a defender la legalidad de las normas demandadas.

²⁴ Por la cual se establece el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de planta de cargos.

²⁵ Las demandas fueron contestadas por la CNSC, a través de memoriales visibles a fls. 103 a 107 del cdno. ppal. del exp. 4469-2015. Los alegatos de conclusión de la CNSC militan a fls. 1193 a 1229 del cdno. ppal. del exp. 4469-2016

²⁶ A fls. 75 a 88 del cdno. ppal. del exp. 4469-2016 obra la contestación de la SDH a las demandas. A fls. 1130 a 1148 del cdno. ppal. del exp. 4469-2016 obran los alegatos de conclusión de la SDH.

²⁷ La parte demandada fue coadyuvada por los señores Fredy Wilson Chavarro Pacheco, Juan Carlos Yaya Poveda, Luis Alberto Escobar Núñez, Max Andrés Vivas Ruiz, María Victoria Reyes Amaya, Elsa Bibiana Carrillo Arias, Angie Paola Villamil, Yohaira Milena Guerrero Urrego, José Fernando Cedeño Roncancio, Gloria Sanabria, Blanca Lyda Pulido González, Sandra Marcela Rairán, Ángela Marina Forero Rubiano, María Carola Contreras Reyes, Claudia Bernal Velázquez, Jesús Jiménez García, Susan Calderón Calderón, Héctor Arias Zamora, Deisy Barrero Vallejo, Martha Caro Quiroga, Juan Fonseca Castro, Fredy Saavedra Lezama, Viviana León Delgado, Hernán Muriel Bejarano, Ronny Sibaja Morales, James Quintero Lara, José Oviedo Parra, Paola Suarez Moreno, Yeini Ramírez Valbuena, Deibi Ramos Bohórquez, Efraín Romero Ariza, Claudia Sierra Melo, Gustavo Briceño Patarroyo, Wilson Torres Muñoz, Raúl Venegas Hernández, Ana Ortiz Pinzón, Astrid Parra Bejarano Bibiana González Mendoza, María Cárdenas Acosta, Cristian Guerrero Bermúdez, Pedro Rodríguez González, Manuel Ortiz Garzón, Edwin Penagos Castillo, Héctor Cajamarca Gómez, Kelly Hernández Amaya, Martha Lizarazo Torres, Óscar Leal Rey, Sara Elena Suaza, Yovannys Cuello Guardiola, Pablo Enrique García Barco, Carmen Lozano Gutiérrez, Carlos Blanco Caicedo, Jorge Espejo Bernal, Álvaro Suarez Villa, Andrés Eugenio Sinisterra Butnarú, Sandra Lisette Novoa Dueñas, Jhonatan Cristian Castillo Valencia, Departamento Administrativo de la Función Pública y Duverney Suarez Téllez. A la audiencia inicial asistieron más personas para coadyuvar a la CNSC y a la SDH, pero no presentaron por escrito sus argumentos, ni los manifestaron de manera individual en la referida diligencia, sino que se acogieron a lo expresado por los apoderados de las mencionadas entidades.

²⁸ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

- ⇒ Que la tarea de administrar la carrera administrativa comprende, entre otras, la atribución de convocar a concursos públicos de méritos para proveer los empleos públicos de carrera;
- ⇒ Que el artículo 31 de la Ley 909 de 2004²⁹ debe ser interpretado en el sentido de que para poder convocar a concursos públicos de méritos, la CNSC está en la obligación de planear el proceso de selección en colaboración con las diferentes entidades, y en ese sentido la firma conjunta del respectivo acto de convocatoria es un mero formalismo y no un elemento esencial;
- ⇒ Que en el presente caso, la Convocatoria 328 de 2015 sólo fue expedida luego de surtida una etapa de planeación interadministrativa desarrollada entre la SDH y la CNSC, en la cual, ambas entidades de manera coordinada y conjunta acordaron los términos y contenidos de todos y cada uno de los aspectos del concurso.
- ⇒ Que aunque la Convocatoria 328 de 2015 sólo fue suscrita por la CNSC, tal circunstancia no genera su nulidad, pues, está probado que en el presente caso, la SDH participó, junto a la CNSC, en la planeación del proceso de selección.
- ⇒ Que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 31 de enero de 2019, proferida en el expediente 4574-2016,³⁰ y la Corte Constitucional en sentencia C-183 de 2019,³¹ se pronunciaron sobre la capacidad de la CNSC para proferir el acto administrativo contenido de la convocatoria del concurso, en el sentido de establecer que la ausencia formal del requisito de la firma del representante legal de la entidad beneficiaria del proceso de selección, no es un requisito *sine qua non* para la existencia y validez del acto administrativo que contiene la convocatoria a concurso de méritos, puesto que no tiene poder suficiente para perturbar su legalidad.

3.2.- En lo que tiene que ver con la segunda inconformidad de los demandantes, referida a la infracción del principio del mérito porque una de las pruebas a aplicar en la Convocatoria es la de «*entrevista con análisis de estrés vocal*» con carácter eliminatorio, las referidas entidades y sus coadyuvantes señalaron:

- ⇒ Un concurso público de méritos valora, entre otros factores: (i) el «*saber conocer*», que se mide a través de pruebas escritas que retomen los conocimientos profesionales y pongan en evidencia la comprensión e interpretación del individuo; (ii) el «*saber hacer*», que se establece mediante «*entrevistas*» y análisis de la experiencia laboral, en donde se evalúan el manejo de los procedimientos y la capacidad propositiva, es decir, que se evidencien las habilidades y destrezas del individuo; y, (iii) el «*saber ser*», que se mide utilizando «*pruebas psicotécnicas, y/o de*

²⁹ Ib.

³⁰ Con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés.

³¹ Con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

aptitud», como las «*entrevistas*», que reflejen las habilidades socio afectivas del individuo, teniendo en cuenta su postura ética y su código de valores, para evidenciar su calidad humana. De esta manera, se realiza una valoración integral de los concursantes, que permite apreciar sus características personales, profesionales y de aptitud, por lo que resulta ser un medio legítimo e idóneo para medir mérito.

- ⇒ La prueba de «*Análisis de Estrés de Voz*», que sirvió de soporte a la prueba de «*entrevista*» en la Convocatoria No. 328 de 2015, se basa en un riguroso procedimiento académico y científico, que a través de medios tecnológicos, «*graba y mide las reacciones fisiológicas involuntarias en las tonalidades de la voz de los entrevistados*», todo lo cual se traduce en graficas que son elaboradas por un «*software*» o «*programa informático*», para posteriormente ser analizadas por personal idóneo que se denominan «*analistas*», quienes conceptúan sobre la «*confiabilidad*» del evaluado, por lo que es un instrumento de selección totalmente objetivo.³²
- ⇒ La forma como se estableció la prueba de «*Análisis de Estrés de Voz*» en la que se sustentó la prueba de «*entrevista*» en las bases de la Convocatoria 328 de 2015, no atenta contra los principios de objetividad, imparcialidad y mérito, puesto que dicho instrumento de selección permite a la entidad conocer de manera directa y con todo el «*rigor científico y académico*», a los aspirantes, y así, poder apreciar sus «*características personales*», profesionales y de aptitud, por lo que resulta ser un instrumento constitucionalmente legítimo, más aún cuando su propósito es asegurar que las personas que van a ingresar a la Función Pública, sean honestas, y asegurar que en todas las situaciones actuarán en pro de conservar los recursos públicos.³³
- ⇒ Que para la aplicación de la prueba de entrevista con análisis de estrés de voz, se establecieron unas pautas que fueron publicadas tanto en la Convocatoria como en una «*Guía de Orientación del Aspirante para la Presentación de la Entrevista*», documentos en los que de manera clara y precisa se estableció: (i) el fin de la prueba, (ii) la forma de realización, (iii) su peso dentro de los resultados del proceso de selección, (iv) la forma de controvertir los resultados, (v) el tipo de preguntas a realizársele a los concursantes, y (vi) que estas últimas no se referirían a aspectos personales del aspirante, sino a analizar sus reacciones ante una serie de preguntas relacionadas con el desempeño laboral. Así mismo, antes de aplicar la mencionada prueba técnica científica, se les permitió a los concursantes la posibilidad de abstenerse de realizarla.³⁴
- ⇒ Que en la Convocatoria se estableció que la entrevista con análisis de estrés de voz sólo tendría un peso del 15%, frente al total de la calificación, que es el porcentaje legalmente establecido en el Decreto 1725 de 2015.

³² Este argumento fue expuesto por la CNSC.

³³ Ib.

³⁴ Ib.

- ⇒ La prueba de «Análisis de Estrés de Voz», en la que a su vez se basó la prueba de «entrevista» en la Convocatoria No. 328 de 2015, es un instrumento de carácter científico usado ampliamente en diferentes campos, principalmente en el «sector defensa y seguridad, y en materia de gerencia de recursos humanos», con una tasa de exactitud de 98%, según diferentes investigaciones del Ejército de los Estados Unidos; por lo que constituye un instrumento de selección objetivo, idóneo y confiable, que resulta útil para «conocer», mediante «contacto directo», a los aspirantes, y en consecuencia, no puede equipararse a una simple entrevista subjetiva.³⁵
- ⇒ Que el tipo de preguntas que se formularon a los concursantes no se restringen a respuestas de «sí» y «no», además no se refirieron a aspectos personales, sino a analizar sus reacciones ante una serie de cuestionamientos relacionados con el desempeño laboral, por lo que no existe ningún tipo de subjetividad.
- ⇒ Que la aplicación de la prueba de «entrevista» con «Análisis de Estrés de Voz» aplicada para los concursantes de los Grupos I y II de la Convocatoria 328 de 2015, se justifica en virtud de la naturaleza de las dependencias a las que pertenecen, así:
- A la Dirección Distrital de Tesorería, que «administra la totalidad de los recursos financieros del Distrito Capital», por lo que en virtud del protocolo de seguridad adoptado mediante Resolución SDH000314 de 2009 de la SDH, se deben realizar estudios de seguridad en los procesos de contratación para proveer los cargos de la dependencia.
 - A la Oficina de Análisis y Control de Riesgo, que maneja información clasificada sobre las inversiones que realiza la Dirección Distrital de Tesorería.
 - A la Dirección de Impuestos de Bogotá, que dirige y controla el «recaudo, determinación, liquidación, discusión, cobro devolución y el servicio al contribuyente, de los impuestos distritales», por lo que maneja información confidencial y de reserva tributaria, conforme lo establece el Decreto Distrital 601 de 2014.
 - A la Dirección de Informática y Tecnología, que maneja «las bases de datos de misión crítica» de la entidad, así como «las herramientas que controlan la seguridad de la información».

3.3.- Respecto del tercer reparo de los demandantes, se tiene que la CNSC, la SDH y su coadyuvantes, argumentan que no hubo desconocimiento del derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, al establecer la prueba de entrevista únicamente para los cargos ofertados en los Grupos I y II, puesto que dichos empleos se encuentran en dependencias de la SDH que tienen acceso a las bases de datos de «misión crítica» de la entidad, así como el manejo de las herramientas que controlan

³⁵ Este argumento fue expuesto por la CNSC.

la seguridad de información reservada y confidencial. En lo atinente a la vulneración del derecho de igualdad salarial, las entidades demandadas lo rebaten señalando, que no es cierto que en la Convocatoria 328 de 2015 se hayan ofertado cargos que tienen asignaciones salariales diferentes pero con funciones similares, pues, según afirmaron, lo que ocurre es que varios empleos que tienen denominaciones similares, están ubicados en niveles jerárquicos distintos, lo cual, obviamente se refleja en el salario.

3.4.- Las entidades accionadas y sus numerosos coadyuvantes también se refirieron a la cuarta censura formulada por los demandantes, la cual tiene que ver con la vulneración del principio de publicidad. Al respecto la CNSC señaló, que si bien el Manual de Funciones y Requisitos de la SDH no fue publicado al momento de su expedición por dicha entidad, se trata de un acto administrativo independiente de la Convocatoria, expedido por una entidad diferente a la CNSC, por lo que, en el evento de anularse el referido Manual, la Convocatoria 328 de 2015 no puede ser objeto de una especie de «nulidad por consecuencia». Por su parte, la SDH manifestó que la Resolución 101 de 15 de abril de 2015, por la cual se adoptó el Manual de Funciones y Requisitos de dicha entidad, fue publicada en su página web oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1437 de 2011.³⁶ Agregó, que en todo caso, la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general no lo invalida, pues es un presupuesto para su eficacia y no para su existencia o validez.

3.5.- Finalmente, en lo que tiene que ver con los reparos quinto y sexto, referidos a la exclusión de las profesiones de «Administrador Público» y «Archivista», las entidades anteriormente mencionadas señalaron, que ello no es cierto, puesto que, tanto en el Manual de Funciones de la SDH como en la OPEC de la Convocatoria, para cada empleo se señala, que pueden ser desempeñadas por profesionales en «Derecho», «Economía» o «Ingeniería», entre otras, y por aquellos que tengan profesiones afines, dentro de las que eventualmente, podrían comprenderse las que los demandantes extrañan, según el caso.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, a través de su «Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado»,³⁷ solicitó³⁸ a esta Corporación acceder a las pretensiones de las demandas acumuladas, pero únicamente en lo que tiene que ver con (i) la prueba de «entrevista» y (ii) la no inclusión de la profesión de «administrador público» en los perfiles para los empleos que tienen que ver con funciones administrativas.

4.1.- En cuanto a la anulación de los apartes relacionados con la prueba de «entrevista», el Ministerio Público, argumentó:

³⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

³⁷ Doctora Diana Marina Vélez Velázquez.

³⁸ A través de concepto de No. 113 de 29 de mayo de 2019, visible a fls. 1164 a 1192 del cdno. ppal. del exp. 4469-2016.

- ⇒ Que la mencionada prueba no puede tener carácter «*eliminatorio*» como lo hizo la Convocatoria 328 de 2015, porque su naturaleza y características es eminentemente «*subjetiva*»;
- ⇒ Que el procedimiento de «*Análisis de Estrés de Voz*» en que se basó la «*entrevista*» practicada a los concursantes, es una «*prueba de confianza*» o de «*aptitud*», que en su concepción y principios de funcionamiento, es similar a la del «*polígrafo*», la cual, no ha sido avalada ni por la legislación ni por la jurisprudencia de las altas cortes, ni como medio de prueba concluyente en los procesos judiciales, ni como mecanismo de selección para el ingreso y retiro de los servidores públicos, en atención a que por su naturaleza y características, es vulneratoria de derechos fundamentales como el de la buena fe, la presunción de inocencia y la intimidad.
- ⇒ Que la naturaleza de los cargos para los cuales se exige la «*entrevista*» con «*Análisis de Estrés de Voz*» no implican el desempeño de funciones gerenciales o de manejo, de inteligencia y contrainteligencia del Estado, por lo que no se encuentra de por medio la seguridad nacional, de la Unidad de Análisis Financiero o información confidencial, más allá de la que se tenga en relación con el secreto profesional o reserva que deba tener cualquier funcionario respecto de sus asuntos.

4.2.- En lo que tiene que ver con las pretensiones de las demandas acumuladas, encaminadas a cuestionar la legalidad de la Convocatoria 328 de 2015 porque no se incluyó la profesión de «*administrador público*» para proveer los empleos cuyas funciones son de carácter administrativo, el Ministerio Público considera, que si bien la SDH tiene la potestad de ajustar los perfiles del personal que requiere para proveer los empleos vacantes, la Ley 1006 de 2006³⁹ dispone expresamente, que la profesión de la Administración Pública sea incluida en los manuales de funciones de las entidades. En ese sentido, la Procuraduría estima, que en el presente caso no se cumplió con el mencionado imperativo legal, por lo que esta censura tiene vocación de prosperidad.

4.3.- Por otra parte, en lo relacionado con el desconocimiento del artículo 31 de la Ley 909 de 2004,⁴⁰ la PGN indicó que de conformidad con la posición unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, adoptada en sentencia de 31 de enero de 2019,⁴¹ la omisión de la firma del representante legal de la entidad beneficiaria del concurso, de por sí, no conlleva la anulación del acuerdo de convocatoria. Por lo tanto, dado que en el plenario está ampliamente documentada la gestión conjunta de la SDH y la CNSC para la realización de la Convocatoria 328 de 2015, evidenciándose los principios de coordinación y planeación, no procede decretar la nulidad del acuerdo por tal motivo.

³⁹ Por la cual se reglamenta la profesión de Administrador Público y se deroga la Ley 5ª de 1991.

⁴⁰ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁴¹ Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés; expediente: 11001-03-25-000-2016-01017-00(4574-2016)

4.4.- Para el Ministerio Público tampoco tienen vocación de prosperidad los reparos de las demandas acumuladas según los cuales, la Convocatoria 328 de 2015 es ilegal porque vulnera el derecho a la igualdad de los concursantes, pues hay empleos ofertados con las mismas funciones y diferente asignación salarial, puesto que, una comparación de los empleos de Profesional grados 14 y 11 de la «Oficina de Cobro Prejurídico» de dicha entidad, muestra que si bien es un mismo proceso de cobro prejurídico, la «complejidad» de los deudores varía de uno a otro. En efecto, para los profesionales del grado 14 se les asignan los casos de «mediana complejidad», mientras que a los del grado 11 los de «menos complejidad», por lo que está plenamente justificado las diferencias en la exigencias del empleo y su remuneración.

4.5.- Así mismo, la Procuraduría general de la Nación, desestimó las censuras de la parte accionante, relacionados con la supuesta ilegalidad de la convocatoria porque no fue publicado el Manual de Funciones y Requisitos de la SDH, pues la Resolución 101 de 15 de abril de 2015, por la cual se adoptó el mencionado manual, puede ser consultada en la página web de la SDH. Además, que la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, ha sido reiterativa en señalar que la falta de publicidad de los actos administrativos de carácter general «impide la obligatoriedad y la oponibilidad del acto a los particulares, más no se constituye en causal de nulidad del mismo».

4.6.- Por último, al estudiar el argumento de los accionantes, relacionado con la inclusión del perfil de los profesionales de la «archivística» dentro de los perfiles de los empleos ofertados, el Ministerio Público consideró, que no tenía vocación de prosperar, pues para el cargo de Profesional Código 222, Grado 30, ubicado en la «Subdirección de Gestión Documental», se establecen las profesiones pertenecientes a las «ciencias sociales», donde se entiende incluida la profesión de «archivística». Mientras que para los empleos de nivel asistencial de la misma subdirección, esta no debía ser incluida pues no tienen asignadas funciones de archivo.

V.- CONSIDERACIONES

Los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por los intervinientes en defensa de la legalidad de la convocatoria acusada, así como los razonamientos del Ministerio Público, muestran a esta Corporación que los problemas jurídicos a resolverse en este proceso, son los siguientes:

- (i) Establecer si la Convocatoria 328 de 2015 debe ser anulada, puesto que únicamente fue firmada por el Presidente de la CNSC, sin la firma del representante legal de la SDH, como supuestamente lo exige el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.⁴²

⁴² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

- (ii) Definir si la CNSC desconoció sí o no, los principios de objetividad, imparcialidad y mérito, al establecer en la Convocatoria 318 de 2014, que la prueba de «*entrevista*» tendría carácter «*eliminador*»;
- (iii) Precisar, si la Convocatoria 328 de 2015 vulnera el derecho a la igualdad de los concursantes, puesto que (i) únicamente se estableció la prueba de entrevista para los concursantes a los empleos vacantes pertenecientes a los Grupos I y II; y (ii) porque supuestamente se ofertaron empleos que, pese a tener asignadas las mismas funciones o tareas, su remuneración es diferente.
- (iv) Definir, si se desconoció el principio de publicidad consagrado en los artículos 1, 2 y 209 de la Constitución y, 8 y 65 de la Ley 1437 de 2011,⁴³ porque el Manual de Funciones y Requisitos de la SDH, en el cual se basó la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015 y que fue incorporado a las bases de la misma, no fue publicado en debida forma.
- (v) Determinar, si la Convocatoria 328 de 2015 desconoció lo dispuesto en la Ley 1006 de 2006⁴⁴ al no incluir en los perfiles profesionales para proveer los empleos vacantes del área administrativa, a los profesionales de la «*administración pública*».
- (vi) Establecer, si la convocatoria acusada vulneró la Ley 1409 de 2010,⁴⁵ por supuestamente no considerar a los profesionales de la «*archivística*» para la provisión de los empleos de la SDH, cuyas funciones versan sobre la gestión documental y de archivo de la entidad.

5.1.- ESTUDIO y RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

El primer problema jurídico hace referencia a establecer si la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC debe ser anulada, porque únicamente fue firmada por el Presidente de la Comisión sin la firma del representante Legal de la SDH,⁴⁶ como supuestamente lo exige el artículo 31 de la Ley 909 de 2004,⁴⁷ cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (...)».

⁴³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁴⁴ por la cual se reglamenta la profesión de Administrador Público y se deroga la Ley 5ª de 1991.

⁴⁵ Por la cual se regula el ejercicio profesional de la Archivística y se dicta el Código de Ética de dicha profesión.

⁴⁶ Este argumento fue planteado en los expedientes 4766-2016, 4767-2016, 4768-2016, 4770-2016, 4771-2016, 4775-2016, 4776-2016, 4777-2016, 5259-2016, 5266-2016, 5267-2016 y 5268-2016.

⁴⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

La redacción del texto normativo transcrito ha generado múltiples dificultades para su interpretación, porque en lugar de emplear los conectores «y» u «o», usa una coma para, al parecer, incluir, entre quienes deben suscribir la convocatoria al concurso, al «*Jefe de la entidad u organismo*» en donde se encuentran ubicados los empleos ofertados. Por lo que, en últimas, para la jurisprudencia no ha sido sencillo determinar a quién corresponde suscribir la convocatoria.

5.1.1.- Antecedentes jurisprudenciales sobre la interpretación y alcance del numeral 1º del artículo 30 de la Ley 909 de 2004⁴⁸

Para mayor claridad, a continuación se expondrán de manera resumida, las posiciones jurisprudenciales, así como la tesis finalmente vigente, sobre el sentido y alcance de la norma que se invocada como vulnerada en la mayoría de las demandas acumuladas.

5.1.1.1.- Posición de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

Inicialmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto de 19 de agosto de 2016, identificado con el número 2307, proferido en el expediente 1001-03-06-000-2016-00128-00,⁴⁹ señaló que el requisito de la concurrencia de firmas contenido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004⁵⁰ era obligatorio, pues «*la expresión utilizada por el legislador (“deberá ser suscrita por”) es imperativa y no admite en este punto una interpretación diferente*».

5.1.1.2.- Posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado

En atención al mencionado criterio de la Sala de Consulta, a manera de cautela, en el expediente de la referencia se ordenó suspender la Convocatoria 328 de 2015 (SDH).⁵¹ Igual suerte corrieron los siguientes procesos de selección: Convocatoria 428 del 2016 (Entidades del Sector Nación),⁵² Convocatoria 429 de 2016 (Antioquia)⁵³ y Convocatoria 434 de 2016,⁵⁴ entre otros. Se resalta, que en la providencia por la cual se suspendió la Convocatoria 328 de 2015 (SDH),⁵⁵ se ordenó al representante legal de la entidad convocante a provocar acto administrativo adicional, en el que (i) expresara si avalaba o desaprobaba el contenido de la convocatoria demandada; y (ii) si se adhería al contenido del acuerdo demandado y, en consecuencia, se suscribía al mismo. En cumplimiento de

⁴⁸ Ib.

⁴⁹ Con ponencia del señor Consejero German Bula Escobar

⁵⁰ Ib.

⁵¹ 110010325000201601189 00(5266-2016) C.P. Dr. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Demandante: Clara Cecilia López Barragán, Demandadas: Secretaria Distrital de Hacienda y CNSC

⁵² Providencia de 23 de agosto de 2018, C.P. Dr. William Hernández Gómez; Expediente: 11001-03-25-000-2017-00326-00(1563-2017)

⁵³ Providencia de 17 de mayo de 2018, C.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, Expediente: 11001-03-25-000-2016-01071-00(4780-16)

⁵⁴ Providencia de 7 de septiembre de 2018, C.P. César Palomino Cortés; Expediente: 11001-03-25-000-2018-00188-00(0690-18)

⁵⁵ 110010325000201601189 00(5266-2016) C.P. Dr. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Demandante: Clara Cecilia López Barragán, Demandadas: Secretaria Distrital de Hacienda y CNSC

la orden de cautela, mediante la Resolución SDH-000325 del 29 de diciembre de 2017, la SDH, avaló y aprobó todos y cada uno de los aspectos de la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC.

En un segundo momento, en auto de Ponente de 27 de junio de 2018,⁵⁶ esta Corporación recalcó nuevamente, que la suscripción de la convocatoria a concurso público por parte del Presidente de la CNSC y el Jefe de la entidad u organismo beneficiario del proceso de selección, es un requisito formal de obligatorio cumplimiento. No obstante, se indicó que la carencia del mismo no siempre tiene la virtualidad de invalidar el acto de llamado o de convocatoria a concurso. En la mencionada providencia se indicó, que al juez le corresponde dilucidar en cada caso concreto, la clase de requisito formal cuyo cumplimiento se echa de menos y se aduce como causal de anulación de un acto administrativo. Precisó la providencia además, que la competencia de la CNSC para convocar concursos no puede ejercerse de manera unilateral, primero, porque son las entidades las que conociendo sus necesidades del servicio, reportan ante el Departamento Administrativo de la Función Pública, y ante la CNSC, los empleos vacantes, y en segundo lugar, porque los concursos, por su costo, afectan el presupuesto de las entidades beneficiarias de los mismos. Y en esa medida, la convocatoria a proceso de selección es el resultado de toda una actuación administrativa compleja desarrollada de manera coordinada, entre la CNSC y las entidades u organismos destinatarias de las listas de elegibles. De tal forma, que si bien la exigencia contenida en el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004⁵⁷ constituye una formalidad sustancial y no meramente accesoria, en virtud del principio del «efecto útil de la norma»⁵⁸ no habría lugar a suspender el concurso, toda vez que, en ese caso, se logró probar la coordinación institucional entre la CNSC y la entidad convocante, para la realización de la etapa preliminar, de planeación y ejecución del proceso de selección.

Posteriormente, en el auto interlocutorio de 30 de octubre de 2018,⁵⁹ si bien se mantiene la posición de que el requisito contenido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004⁶⁰ es de carácter ineludible, se aclara que en los casos en que el acuerdo por el cual se establecen las reglas del concurso haya sido suscrito únicamente por la CNSC, pero posteriormente se haya publicado y suscrito conjuntamente un aviso por la CNSC y el Jefe de la entidad que requiere la provisión de los cargos, invitando a la ciudadanía a participar del concurso y a consultar las reglas del mismo, se entiende cumplido el requisito.

⁵⁶ Auto interlocutorio por el cual se resolvió una solicitud de medida cautelar, en el expediente: 11001032500020170021200(1219-2017): Demandante: Pedro Emilio Rodríguez Velandia y otros Demandadas: CNSC y otros. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

⁵⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁵⁸ Ver Dueñas Ruiz, Óscar José. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Universidad del Rosario. 4ª Edición. <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1010/Lec%20Hermeneutica%204.pdf?sequence=1>. Ver entre otras las sentencias T-001 de 1992 y C-499 de 1998.

⁵⁹ Proferido dentro del Expediente: 11001-03-25-000-2018-00894-00(3138-2018) Demandante: Rosa Elena Sarmiento Sastoque; Demandados: CNSC y Municipio de Ciénega (Cundinamarca). Con ponencia del Consejero de Estado Dr. William Hernández Gómez.

⁶⁰ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Finalmente, el pleno de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de del 31 de enero de 2019,⁶¹ al resolver de fondo una demanda de nulidad de varios acuerdos de la CNSC, este fijó su interpretación del numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004,⁶² de la siguiente manera:

La sentencia comienza por reconocer, conforme a la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional del artículo 130 de la Constitución, que las competencias constitucionales de la CNSC no pueden compartirse con otros órganos.⁶³ Sin embargo, dado que estas competencias implican el ejercicio de funciones administrativas,⁶⁴ corresponde aplicar también los principios constitucionales que las rigen, previstos en el artículo 209 ibidem, y en consecuencia, para efectos de la convocatoria al concurso converge, de manera coordinada, el ejercicio de diversas funciones, tanto de la CNSC como de la entidad cuyos cargos se va a proveer por medio del concurso, por lo tanto, respecto del numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004,⁶⁵ la sentencia señala, que *«no ofrece duda alguna que se establece a manera de norma imperativa el que, para efectos de lograr realizar la convocatoria del concurso de méritos, deben concurrir tanto la CNSC como la entidad u organismo, beneficiario de la provisión de los empleos, en su suscripción»*.

No obstante, la sentencia reconoce que la entidad beneficiaria del concurso tiene, respecto de él, unas competencias que le son propias, las cuales debe ejercer de manera coordinada con las de la CNSC. Este ejercicio coordinado, a juicio de la sentencia, *«se entiende cumplido en la medida en que firme el respectivo documento [de convocatoria] o ejecute actos inequívocamente dirigidos a participar activa y coordinadamente en la emanación del mismo»*. Sobre esta base: la convocatoria no requiere de dos voluntades, sino que en ella concurren de manera coordinada el ejercicio de diversas competencias, y *«en ese sentido, esta Sección resalta que cuando la norma contenida en la disposición del numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 se refiere a la suscripción de la convocatoria, implica que tanto la CNSC como la entidad beneficiaria deben adelantar ineludiblemente una etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional por las implicaciones administrativas y presupuestales que ello comporta, sin que este proceso de participación e interrelación implique necesariamente que ambas entidades, a través de sus representantes legales, deban concurrir con su firma en el acto administrativo que incorpora la convocatoria al proceso de selección o concurso»*.

En resumen, el criterio vigente en la Sección Segunda del Consejo de Estado, sobre el particular, es que si bien el artículo 31 de la Ley 909 de 2004⁶⁶ obliga a que las convocatorias a concurso de méritos sean suscritas por la CNSC y las entidades beneficiarias de dichos procesos de selección, el hecho de que dichos actos administrativos sólo sean firmados por la CNSC, en los eventos, como el sub iudice, en los que se demuestre que las

⁶¹ Radicado 11001-03-25-000-2016-01017-00, Número interno 4574-2016, Demandante: Gina Johanna Riaño García, Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil.

⁶² Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁶³ Para este propósito alude a la Sentencia C-476 de 1999.

⁶⁴ Esta afirmación la hace con fundamento en la Sentencia C-471 de 2013.

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

⁶⁶ Ib.

entidades que no firmaron, sí participaron en la etapa de planeación de la convocatoria, no constituye «per se» una irregularidad, pues, se entiende cumplido el fin de la norma, que está referido a garantizar que los concursos de méritos se desarrollen en un marco de coordinación interadministrativa.

5.1.1.3.- Posición de la Corte Constitucional

Acogiendo en parte el criterio jurisprudencial relativamente pacífico elaborado por el Consejo de Estado, en lo referente al sentido y alcance de la expresión según la cual la convocatoria «deberá» ser suscrita por la CNSC «y» el «jefe de la entidad u organismo» contenida en el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004,⁶⁷ la Corte Constitucional en sentencia C-183 de 2019,⁶⁸ zanjó de manera definitiva cualquier duda sobre la interpretación de la referida norma, al declarar su exequibilidad con fundamentos en los siguientes argumentandos, que la misma Corte resumió de la siguiente manera:

«4.7. Síntesis

(...)

4.7.5. Con fundamento en los anteriores elementos de juicio se procedió a analizar la constitucionalidad de la norma demandada. Este análisis concluyó, en primer lugar, que la interpretación según la cual para poder hacer la convocatoria son necesarias las dos voluntades: la de la CNSC y la de la entidad u organismo, cuyos cargos se proveerán por el concurso, es abiertamente incompatible con la Constitución. Sin embargo, dado que hay otra interpretación posible, que se ajusta mejor a las exigencias constitucionales de colaboración armónica y de colaboración (art. 113 y 209 CP): la de entender que, si bien el jefe de la entidad u organismo puede suscribir la convocatoria, como manifestación del principio de colaboración armónica, de esta posibilidad no se sigue de ningún modo (i) que pueda elaborarla, modificarla u obstaculizarla y (ii) que la validez de la convocatoria dependa de la firma del jefe de la entidad o u organismo, y que la CNSC, en tanto autor exclusivo de la convocatoria, no puede disponer la realización del concurso sin que previamente se hayan cumplido en la entidad cuyos cargos se van a proveer por medio de éste, los presupuestos de planeación y presupuestales previstos en la ley».

En conclusión, para la Corte, si bien el jefe de la entidad u organismo al cual están adscritos los empleos a ofertarse en el respectivo concurso, puede suscribir la convocatoria, de esta posibilidad no se sigue de ningún modo, (i) que el jefe de la entidad beneficiaria del concurso pueda elaborarla, modificarla u obstaculizarla, y (ii) que la validez de la convocatoria dependa de la firma del jefe de la entidad o u organismo a cuya planta pertenezcan los empleos ofrecidos en concurso. Entonces, para la Corte el que el jefe de la entidad u organismo pueda suscribir la convocatoria, se da como una manifestación del principio de colaboración armónica, pero no es un requisito indispensable para la validez de la convocatoria, en tanto norma rectora del concurso. De otra parte, según la mencionada sentencia de

⁶⁷ Ib.

⁶⁸ Con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez

constitucionalidad, en todo caso, la CNSC, que es el autor exclusivo de la convocatoria, no puede disponer la realización del concurso sin que previamente se hayan cumplido en la entidad cuyos cargos se van a proveer por medio de éste, los presupuestos de planeación y presupuestales previstos en la ley.

5.1.2.- Estudio del Caso concreto

En el presente caso, al revisar los antecedentes administrativos del Acuerdo 542 de 2015 de la CNSC que en esta oportunidad se demanda, se evidencia de manera clara inequívoca que la Convocatoria 328 de 2015 estuvo antecedida de una extensa y compleja actuación administrativa que se desarrolló de manera coordinada entre la SDH y la CNSC, para planear la ejecución del concurso de méritos en todos sus aspectos, principalmente, en lo concerniente a los cargos o empleos a ofertar, las pruebas a realizarse a los concursantes, el calendario de cada una de las etapas y lo atinente a los recursos presupuestales para costear los gastos de la convocatoria.

En este orden de ideas, en el expediente se encuentran probadas, entre otras, las siguientes actuaciones:

1. Que mediante Oficio 2015EE106580O de 15 de mayo de 2015,⁶⁹ la SDH a través de su representante legal, el Secretario Distrital de Hacienda (E), doctor José Alejandro Herrera Lozano, remitió a la CNSC el Reporte de la OPEC de la entidad.
2. En el Oficio 2015EE114644O de 22 de mayo de 2015,⁷⁰ la SDH comunicó a la CNSC los criterios de la Convocatoria, entre los que se determinaron: (i) los empleos vacantes a ofertar; (ii) las fases del proceso; (iii) los grupos de empleos; (iv) las pruebas aplicar, su carácter y ponderación; y (v) la puntuación y los criterios valorativos de la prueba de antecedentes.
3. A través del Oficio 2015EE118496O de 28 de mayo de 2015,⁷¹ la SDH indicó a la CNSC el alcance del Oficio 2015EE114644O de 22 de mayo de 2015, en el sentido de informar las modificaciones realizadas a los criterios de la convocatoria en razón de las observaciones de la CNSC.
4. Mediante Oficio 2015EE152047O de 12 de junio de 2015,⁷² la SDH dio alcance a la comunicación de 28 de mayo de 2015, al establecer las pruebas a aplicar a los Grupos III y IV de la convocatoria.
5. En cuanto a los costos del proceso de selección es de indicar, que la SDH realizó a la CNSC un pago por \$5.424.398.961,, amparados en los certificados de registro presupuestal No. 423 y 761, de 23 y 29 de diciembre de 2014, respectivamente.

⁶⁹ Folio 91 del expediente principal 4469-2015.

⁷⁰ Folios 92 a 96 del expediente principal 4469-2015.

⁷¹ Folios 97 a 98 del expediente principal 4469-2015.

⁷² Folios 99 y 100 del expediente principal 4469-2015.

Así las cosas, como lo indicó la sentencia de Sala Plena de esta Sección Segunda del Consejo de Estado, del 31 de enero de 2019 y, la Corte Constitucional en sentencia C-183 de 2019,⁷³ citada en precedencia, si bien es cierto que la entidad beneficiaria del concurso debe concurrir en los procesos de planeación y preparación de la convocatoria, culminando estos en la suscripción del acto administrativo final contentivo de la misma, este requisito, más que con la obligación de suscribir el acto de convocatoria, tiene que ver con la ejecución y desarrollo de las actuaciones administrativas dirigidas a participar activa y coordinadamente en la expedición de la convocatoria, como en efecto ocurrió en este caso.

5.1.3.- Conclusión de la Sala

Por lo tanto, la anulación del Acuerdo 542 de 2015 de la CNSC, no procede en razón de este primer reparo expuesto por la parte demandante, (i) porque la firma de la Convocatoria por parte de la entidad beneficiaria del concurso, no se constituye un requisito *sine qua non* para la existencia y validez del acto administrativo que contiene la convocatoria a concurso público de méritos; y (ii) porque en el presente caso, se encuentra acreditado que entre la CNSC y la SDH, previo a la convocatoria a concurso, se desarrolló de manera conjunta una actuación administrativa para planear, de manera integral y en todos sus aspectos, la ejecución y/o desarrollo del concurso de méritos.

5.2.- ESTUDIO y RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

La segunda cuestión que ocupará la atención de la Sala,⁷⁴ tiene que ver con establecer si la CNSC desconoció los principios constitucionales de objetividad, imparcialidad y mérito, al disponer en el marco de la Convocatoria 328 de 2015, que la prueba de «*entrevista*», tendría carácter «*eliminatorio*», y en consecuencia, que quien no la superara quedaría excluido del concurso público de méritos para ingresar a la SDH.

Para resolver el segundo problema jurídico planteado, la Sala examinará los siguientes aspectos: (i) El mérito y la carrera administrativa como principios fundamentales del Estado; (ii) Obligación de proveer los empleos públicos de carrera administrativa a través del mecanismo del concurso público de méritos; (iii) Naturaleza de los concursos públicos de méritos para el ingreso a los empleos públicos de carrera administrativa; (iv) Etapas o fases de los concursos públicos de méritos; (v) La normativa que regula lo relacionado con la realización de la prueba de «*entrevista*» en los concursos públicos de méritos para acceder a cargos públicos de carrera administrativa; y (vi) Los antecedentes jurisprudenciales relacionados con la prueba de «*entrevista*» en los concursos públicos de méritos para el ingreso a la Función Pública.

⁷³ Con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁷⁴ Expuesta en las demandas 4469-2016, 4440-2016, 4472-2016, 4474-2016, 4476-2016, 4477-2016, 4478-2016, 4479-2016, 4623-2016, 4970-2016, 4974-2016, 4975-2016, 4977-2016, 4978-2016, 4979-2016, 4983-2016 y 5258-2016.

Una vez recorrida la ruta metodológica expuesta, la Sala formulará varias conclusiones jurisprudenciales en lo que tiene que ver con la aplicación de la prueba de «entrevista» en los concursos públicos de méritos para acceder a cargos públicos de carrera administrativa, para finalmente proceder al análisis del acto administrativo demandado.

5.2.1.- El principio del mérito y la carrera administrativa

El artículo 125 de la Constitución establece, que por regla general, «los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera», con excepción de «los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley». A renglón seguido, la norma constitucional señala, que «el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, para determinar los méritos y calidades de los aspirantes». (Subraya la Sala).

De esta forma, para el constituyente de 1991 la carrera administrativa,⁷⁵ como «sistema técnico de administración del personal al servicio del Estado»⁷⁶ basado única y exclusivamente en el principio del «mérito», es el «el pilar fundamental de la estructura organizacional del Estado»,⁷⁷ y a su vez, el instrumento o mecanismo «preeminente»⁷⁸ o por excelencia,⁷⁹ por medio del cual se ingresa a los empleos públicos en los órganos y entidades del Estado, con excepción de las salvedades constitucionales y legales.

⁷⁵ La Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, «Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política». La Corte constitucional sostuvo, que «la carrera administrativa es un principio del ordenamiento jurídico superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, y en el instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría. [...]». Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios «suponen una delimitación política y axiológica», por cuya virtud se restringe «el espacio de interpretación», son «de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional» y tienen un alcance normativo que no consiste «en la enunciación de ideales», puesto que «su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser». Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que «en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional».

⁷⁶ Aunque la carrera administrativa fue creada en Colombia por la Ley 165 de 1938, fue el Decreto Gubernamental 1732 de 1960, el que por primera vez la definió como «sistema técnico de administración del personal al servicio del Estado», definición que fue retomada por el Decreto 1950 de 1973, y por las leyes 27 de 1992, 443 de 1998 y 909 de 2004, que es la norma vigente en materia de carrera administrativa.

⁷⁷ Sentencia C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-431 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷⁹ En la sentencia C-356 de 1994, la Corte Constitucional señaló, respecto de la Carrera Administrativa, que los siguiente: «La verdad es que se constituye en el instrumento más adecuado, ideado por la ciencia de la administración, para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública, asegurando su acceso en condiciones de igualdad (art. 13 de la C.N.), promoviendo una lógica de méritos de calificación, de honestidad y eficiencia en la prestación del trabajo humano, alejando interesadas influencias políticas e inmorales relaciones de clientela, conceptos estos de eficiencia que comprometen la existencia misma del Estado.».

Así pues, la «*carrera administrativa*» es un mecanismo o instrumento objetivo, eficaz, racional, eficiente y en modernización constante, para el acceso a los cargos públicos, en virtud del cual, las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro, responden al principio del «*mérito*», es decir, a la comprobación de las cualidades, talentos y capacidades de quienes pretendan ser servidores públicos, conforme a criterios objetivos previamente reglados, y no a razones puramente subjetivas, discrecionales, irracionales o arbitrarias para descalificar al funcionario, tales como, la filiación política, su lugar de origen, el género, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión filosófica o su estilo de vida.⁸⁰ Ello, con miras a garantizar la excelencia y el funcionamiento óptimo en la administración pública, para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado Constitucional de Derecho, como el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución.⁸¹

Esto significa entonces, que el principio del «*mérito*» constituye el criterio o factor definitorio e imperante,⁸² el presupuesto ineludible,⁸³ la condición esencial y estándar principal, para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público.

5.2.2.- Obligación de proveer los empleos de carrera a través de concurso

El artículo 125 Superior también señala, que «*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*». (Subraya la Sala).

De acuerdo con lo anterior, es claro, que para el Constituyente de 1991, el principio del «*mérito*» que gobierna la carrera administrativa, y por ende, el ingreso a los empleos públicos de carrera, se materializa de manera preferente, a través del método del concurso público, es decir, a través de un proceso de selección para determinar, a partir de criterios objetivos previamente reglados, quienes cuentan con las mejores calidades para acceder a los cargos públicos de carrera.

Por lo tanto, la regla de provisión de empleos de carrera mediante concurso público de méritos consagrada en el artículo 125 Constitucional, es imperativa para todas las entidades estatales y solo la Constitución y la ley pueden establecer excepciones a ella. Razón por la que la aplicación de esta regla general no puede ser facultativa o discrecional sino obligatoria para todas las entidades estatales y, por lo mismo, resultan contrarias a la

⁸⁰ Sentencias C-211 del 21 de marzo de 2007, MP. Álvaro Tafur Galvis y C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸¹ Ver Sentencias C-479 de 1992, Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez-Caballero, C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1079 de 2002 y C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸² Sentencia de la Corte Constitucional C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸³ Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Constitución las prácticas o interpretaciones que permitan eludir su aplicación o faciliten su aplazamiento indefinido.⁸⁴

Es por ello, que la Corte Constitucional en varias ocasiones ha exhortado a diferentes órganos y entidades para que cumplan con el deber de adelantar los respectivos concursos públicos de méritos para proveer en propiedad los cargos de carrera administrativa. Así por ejemplo, en las sentencias SU-250 de 1998⁸⁵ y C-741 de 1998,⁸⁶ la Corte, al constatar que en ese momento, la mayoría de los notarios del país se encontraban en provisionalidad o en interinidad, declaró que ello constituía un grave estado de cosas inconstitucional, y fue enfática en señalarle al Gobierno Nacional la obligación de adelantar el respectivo concurso de méritos para proveer en propiedad todos los cargos de notarios del país. Igual ocurrió en la sentencia T-682 de 2016,⁸⁷ en la que la Corte Constitucional exhortó al Consejo Superior de la Judicatura a dar cumplimiento al artículo 164⁸⁸ de la Ley 270 de 1996,⁸⁹ que establece la obligación de realizar concursos públicos de méritos cada dos años para proveer en propiedad los cargos de la carrera judicial. Y en la sentencia T-147 de 2013,⁹⁰ donde la Corte ordenó a la PGN *«que, en el término máximo de 6 meses [...], inicia[se] los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos los cargos de carrera [...] ejercidos en provisionalidad»*.

5.2.3.- Naturaleza de los concursos públicos de méritos para el ingreso a la función pública.

Si como viene dicho, el concurso público es el instrumento que el mismo Constituyente de 1991 señaló como mecanismo o método preferente para establecer el mérito y calidades de quienes aspiren a acceder a un empleo público de carrera, y así evitar que criterios diferentes a las capacidades, preparación y aptitudes personales, sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera administrativa; se entiende entonces, que el concurso público de méritos es, en esencia, un procedimiento o actuación administrativa reglada, de naturaleza compleja o compuesta,⁹¹ es decir, que se desarrolla y comprende varias fases o etapas, como más adelante se explicará, y además, objetivo, imparcial, mediante el cual se busca reclutar a los que mejor puedan desempeñar la función pública.⁹²

En ese sentido, las notas características de los concursos públicos de mérito para ocupar un empleo público de carrera son una manifestación de los principios que gobiernan la *«función administrativa»*, y que se encuentra

⁸⁴ Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado No. 11001-03-06-000-2016-00128-00 de 19 de agosto de 2016.

⁸⁵ Con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁶ Ib.

⁸⁷ Con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁸ «... Cada dos años se efectuará de manera ordinaria por la Sala Administrativa de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, y extraordinariamente cada vez que, según las circunstancias, el Registro de Elegibles resulte insuficiente...».

⁸⁹ Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁹⁰ Con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹¹ Sentencia T-256 de 1995. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁹² T-090 de 2013, Luis Ernesto Vargas Silva.

contemplados en el artículo 209 de la Constitución, entre otros, los de objetividad, imparcialidad, transparencia y publicidad, y por supuesto, su realización debe respetar los derechos de igualdad y debido proceso, así como los principios de buena fe y confianza legítima.⁹³

5.2.4.- Fases o etapas de los concursos públicos de méritos para el ingreso a la función pública

Si lo que inspira el sistema de carrera administrativa es el principio del mérito, y si dicho postulado se materializa a través de la realización de un concurso público, las diversas etapas que dicho procedimiento debe agotar revisten una importante significancia, pues, todas sus fases deben ser diseñadas y desarrolladas en función del referido postulado del mérito y de los demás principios que, según el artículo 209 de la Constitución, gobiernan la «función administrativa», tales como, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La Constitución no señala las etapas o fases que deben comprender los concursos públicos de méritos para el ingreso a la carrera administrativa, por lo que se entiende que el constituyente delegó esa tarea en el legislador, órgano que en vigencia de la Constitución de 1991, ejerciendo la llamada «cláusula general de competencia» o, su «libertad de configuración legislativa», reguló la materia, primero en la Ley 443 de 1998,⁹⁴ la cual fue derogada por la Ley 909 de 2004,⁹⁵ que es la normativa actualmente vigente sobre «empleo público, carrera administrativa y gerencia pública».

La Ley 443 de 1998⁹⁶ regulaba, en sus artículos 17 a 23, lo relacionado con las etapas del concurso público de méritos de la siguiente manera:

«Artículo 17.- Etapas. *El proceso de selección o concurso comprende la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el período de prueba.*

Artículo 18.- Convocatoria. *La convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración como a los participantes. No podrán cambiarse sus bases una vez iniciada la suscripción de aspirantes, salvo por violación de carácter legal o reglamentaria, y 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, casos en los cuales debe darse aviso oportuno a los interesados.*

[...]

Artículo 20.- Reclutamiento. *Esta fase tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso.*

⁹³ Ver Sentencias SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez y Sentencia T-502 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, entre otras.

⁹⁴ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

⁹⁵ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁹⁶ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

Artículo 21.- Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros previamente determinados.

El reglamento determinará el mínimo de pruebas que, además de la valoración de los antecedentes, deberá aplicarse en el desarrollo de los concursos.

En las solicitudes de aspirantes a concursos no se podrán exigir datos sobre raza, estatura, sexo, o religión.

La entrevista en el proceso de selección para cargos de carrera podrá tener un valor máximo del 15% dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será plural.

Parágrafo.- En los concursos, tanto abiertos como de ascenso, podrán incluirse como instrumentos de selección, cursos relacionados con el desempeño de las funciones de los empleos a proveer. La Comisión Nacional del Servicio Civil expedirá el reglamento respectivo.

Artículo 22.- Lista de elegibles. Con base en los resultados del concurso, se conformará una lista de elegibles cuya vigencia será de 2 años, la cual incluirá los aspirantes que hayan aprobado el mismo, en estricto orden de mérito. La provisión de los empleos objeto de convocatoria, será efectuada a partir de quien ocupe el primer puesto de la lista y en estricto orden descendente.

Una vez provistos los empleos objeto del concurso, las entidades deberán utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en otros iguales, similares o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal par la exclusión de la lista de elegibles.

[...].

Artículo 23.- Período de prueba e inscripción en la carrera administrativa. La persona seleccionada por concurso abierto será nombrada en período de prueba, por un término de 4 meses, al cabo del cual le será evaluado su desempeño laboral. Aprobado el período de prueba, por obtener calificación satisfactoria en el desempeño de sus funciones, el empleado adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa.

Cuando el empleado de carrera, sea seleccionado para un nuevo empleo por concurso, sin que implique cambio de nivel, le será actualizada su inscripción en el Registro Público. Cuando el ascenso ocasione cambio de nivel jerárquico, el nombramiento se hará en período de prueba, en este evento, si el empleado no obtiene calificación satisfactoria en la evaluación de su desempeño, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso, y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento.».

Por su parte, la Ley 909 de 2004⁹⁷ que derogó la Ley 443 de 1998,⁹⁸ en sus artículos 31 a 33, y que es la norma actualmente vigente, regula lo relacionado con las etapas del concurso público de méritos así:

«Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de 2 años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

[...].

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de 6 meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

Parágrafo. En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos.». (Subraya la Sala).

⁹⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁹⁸ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

De acuerdo con las normas trascritas, los concursos públicos de méritos para el ingreso a los empleos públicos de carrera administrativa, comprenden una serie de etapas o fases, que de manera general son las siguientes: *(i)* la convocatoria, *(ii)* el reclutamiento, *(iii)* la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, *(iv)* la conformación de la lista de elegibles y *(v)* el periodo de prueba. A continuación, la Sala hará una breve referencia a cada una de ellas:

- ⇒ La Convocatoria, es el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo público de carrera administrativa. En ella se consagran las bases o reglas del concurso, las cuales dependen, entre otras, del tipo de concurso, de las necesidades del servicio, y de la naturaleza de los cargos por proveer. En términos generales, las convocatorias deben contener: *(a)* el tiempo límite de inscripciones, *(b)* los documentos que debe presentar el candidato para su inscripción, *(c)* el lugar en donde se reciben éstas, *(d)* la identificación de los cargos ofertados al público, *(e)* las funciones asignadas a dichos empleos, *(f)* la remuneración de los mismos, *(g)* los requisitos de estudios y experiencia para el desempeño de los empleos ofertados, así como la forma como se compensan esas exigencias, *(h)* la clase de exámenes, pruebas o instrumentos de selección que se van a realizar a los concursantes, con la indicación del sitio, fecha y hora en que se llevarán a cabo tales pruebas, *(i)* la fecha en que se publicarán los resultados, y los recursos que proceden contra los mismos, *(j)* en fin, todos aquellos factores que habrá de evaluarse dentro del concurso. La convocatoria es norma reguladora de todo concurso público de méritos y obliga tanto a la administración como a los participantes, es decir, es ley para las partes. Así, la convocación garantiza a los aspirantes, en el evento de que cumplan las exigencias estatuidas, igualdad de oportunidades para acceder a ocupar cargos públicos, y el derecho a concursar en igualdad de condiciones.
- ⇒ El reclutamiento, tiene como finalidad determinar quiénes de las personas que se inscribieron para participar en el concurso, reúnen los requisitos y condiciones exigidas por la administración, para lo cual se debe elaborar una lista en la que aparezcan los candidatos admitidos y los rechazados, teniendo en cuenta que en este último caso, solamente se permite excluir a quienes no cumplan con las exigencias señaladas en la convocatoria, las que deberán indicarse a cada uno de los afectados en forma escrita y precisa. Adviértase que en esta etapa del concurso se hace un análisis meramente objetivo, (edad, nacionalidad, estudios, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, etc.) para determinar la aptitud legal de los aspirantes, lo cual se realiza antes de las pruebas o exámenes de conocimientos.
- ⇒ La aplicación de pruebas o instrumentos de selección, tiene como fin esencial apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidades del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y

responsabilidades del cargo. Con la realización de las pruebas se busca la evaluación del candidato no sólo en el aspecto intelectual por medio de exámenes de conocimientos generales y profesionales específicos de acuerdo con el cargo, sino también sus condiciones de preparación, competencia, capacidad o aptitud física, comportamiento social, idoneidad moral, presentación personal, capacidad para relacionarse con las personas, antecedentes personales y familiares, etc., para lo cual se practicarán pruebas psicológicas, entrevistas y todos aquellos otros mecanismos que se consideren aptos para ese fin.

- ⇒ La conformación de la lista de elegibles es el resultado de la valoración de cada una de las pruebas aplicadas y su vigencia será de 2 años. Así, se procede a la elaboración de la misma, de acuerdo con el puntaje obtenido por cada participante, con la finalidad de cubrir las vacantes con los candidatos que aprobaron en riguroso orden de mérito.
- ⇒ El periodo de prueba busca evaluar el desempeño del elegible en el cargo para el cuál concursó. De este modo, la persona será nombrada en periodo de prueba, por el término de 6 meses, al final de los cuáles se evaluará su desempeño, y en caso de aprobar dicho periodo puede suceder que: (a) adquirirá los derechos de carrera, a través de la inscripción en Registro Público de la Carrera Administrativa; o (b) si ya se encontraba inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa, se le actualizará el mismo. En caso de no obtener una calificación satisfactoria del periodo de prueba, su nombramiento en el cargo será declarado insubsistente. Cuando el empleado nombrado en periodo de prueba viniera ocupando un empleo público, volverá a éste y conservará su inscripción en el registro.

En este punto, es importante resaltar que la Corte Constitucional ha señalado, que si bien con el concurso de méritos, a través de todas sus etapas, se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones; también se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración pública, por lo que, en virtud de ello, deben ser tenidos en cuenta factores en los que no es posible la objetividad «pues, aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.».⁹⁹

Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es «desterrar la arbitrariedad»,¹⁰⁰ lo cual se concreta en el concurso de méritos, a través de la estricta aplicación de las pautas establecidas para el desarrollo de cada etapa, culminando en el nombramiento de quien obtenga la mayor puntuación.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencias C-040 del 9 de febrero de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz, y C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

5.2.5.- La prueba de la «entrevista» en el sistema general de la carrera administrativa de la Ley 909 de 2004¹⁰¹

En el ordenamiento jurídico colombiano, las normas sobre «empleo público, carrera administrativa y gerencia pública», se encuentran contenidas en la Ley 909 de 2004,¹⁰² la cual se refiere a la «práctica de una entrevista», únicamente cuando regula el «procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial».

Sobre el particular, el artículo 49 de la Ley 909 de 2004¹⁰³ señala:

«Artículo 49. Procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial.

1. Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos.

2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

3. La evaluación del candidato o de los candidatos propuestos por el nominador, podrá ser realizada por un órgano técnico de la entidad, conformado por directivos y consultores externos, o, en su caso, podrá ser encomendado a una universidad pública o privada, o a una empresa consultora externa especializada en selección de directivos.

4. El Departamento Administrativo de la Función Pública apoyará técnicamente a las diferentes entidades públicas en el desarrollo de estos procesos.

5. El Departamento Administrativo de la Función Pública, formulará políticas específicas para la capacitación de directivos, con la finalidad de formar candidatos potenciales a gerentes de las entidades públicas.

Parágrafo. En todo caso, la decisión sobre el nombramiento del empleado corresponderá a la autoridad nominadora.». (Lo subrayado no está en el texto original).

La Ley 909 de 2004¹⁰⁴ no vuelve a mencionar en ninguno de sus apartados a la «entrevista» como instrumento de selección de personal, o como prueba a superar para acceder a un cargo público, ya sea de carrera administrativa o de libre nombramiento o remoción.

Se resalta, que el artículo 31 de la Ley 909 de 2004¹⁰⁵ al referirse, de manera general, a las «etapas del proceso de selección o concurso» para el acceso a los cargos de carrera administrativa, estableció que son las siguientes: (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento, (iii) la fase de realización de las pruebas o instrumentos de selección, (iv) la etapa de

¹⁰¹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹⁰² Ib.

¹⁰³ Ib.

¹⁰⁴ Ib.

¹⁰⁵ Ib.

elaboración y publicación de las listas de elegibles, y (v) el periodo de prueba.

Respecto de la etapa de realización de las pruebas, la norma en mención expresa:

«3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.».

Como puede apreciarse, la Ley 909 de 2004¹⁰⁶ al referirse a las pruebas o instrumentos de selección a utilizarse en los concursos públicos para determinar el mérito de quienes se postulan para cargos de carrera administrativa, no se refirió a ningún mecanismo en particular, sino que se limitó a precisar, entre otras, su propósito, señalando que su finalidad es el de apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

Ahora bien, revisados los antecedentes legislativos de la Ley 909 de 2004,¹⁰⁷ se encuentra que en los proyectos y ponencias discutidos y aprobados en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República, no se hizo mención a la prueba de «entrevista». En efecto, luego de hacer un examen exhaustivo de las gacetas¹⁰⁸ del Congreso en donde constan como antecedentes todas las ponencias y debates que se adelantaron, así como el trámite de conciliación de los textos definitivos entre ambas cámaras legislativas, no se halló registro alguno referido a la mencionada prueba.

Para la Sala, ello no quiere decir que la intención del legislador hubiese sido la de establecer que la prueba «entrevista» aplica únicamente cuando se trata del ingreso de «empleos de naturaleza gerencial», y en consecuencia, prohibir dicho instrumento de selección en los concursos de méritos para proveer empleos de carrera administrativa, pues, un análisis sistemático o

¹⁰⁶ Ib.

¹⁰⁷ Ib.

¹⁰⁸ Gacetas número 173 de 2003, 267 de 2003, 427 de 2003, 629 de 2003, 134 de 2003, 121 de 2003, 232 de 2004, 263 de 2004, 289 de 2004, 290 de 2004, 318 de 2004, 317 de 2004, 319 de 2004, 355 de 2004, 361 de 2004, 362 de 2004, 396 de 2004, 430 de 2004, 476 de 2004, 539 de 2004, 586 de 2004, 587 de 2004, 599 de 2004 y 600 de 2004.

de contexto¹⁰⁹ de la Ley 909 de 2004,¹¹⁰ muestra que dicha norma tampoco se refirió a las demás pruebas o instrumentos de selección, tales como, competencias básicas, funcionales, comportamentales, etc.

Entiende la Sala entonces, que el legislador lo que quiso fue facultar de manera amplia a la CNSC para establecer, en cada uno de los procesos de selección, el tipo de pruebas a realizar para determinar el mérito de los participantes, dependiendo, entre otras, de la naturaleza y funciones de la entidad que solicite la provisión de los cargos de carrera administrativa de su planta de personal a través del concurso, y de las necesidades del servicio existentes para el momento de la realización de la Convocatoria, pero siempre en condiciones de igualdad, objetividad, publicidad e imparcialidad.

Sin embargo, al reglamentar la Ley 909 de 2004,¹¹¹ mediante el Decreto Reglamentario 1227 de 2005,¹¹² el Gobierno Nacional señaló una serie de pautas con el propósito de establecer parámetros en relación con la realización de la prueba de «entrevista», de los cuales se ocupa la Sala a continuación.

5.2.6.- Decreto reglamentario 1227 de 2005¹¹³

El Gobierno Nacional, en el artículo 24 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005,¹¹⁴ en lo que tiene que ver con la prueba de entrevista, estableció lo siguiente:

«Artículo 24. Cuando en un concurso se programe entrevista, esta no podrá tener un valor superior al 15% dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será integrado por un mínimo de 3 personas, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo 3 días de antelación a su realización.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a 6 meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles. El jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales descalifican o aprueban al entrevistado.». (Subraya la Sala).

La lectura de la disposición reglamentaria muestra, que para el caso del sistema general de carrera administrativa vigilado y administrado por la CNSC, la «entrevista» está autorizada como prueba o medio de selección de

¹⁰⁹ El cual considera a la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece, es decir, que supone una lectura de la norma que se quiere interpretar, en conjunto con las demás que conforman el ordenamiento en el cual aquella está inserta. Es del caso precisar, que el Código Civil, adoptado como legislación permanente por virtud de la Ley 57 de 1887, se refiere a éste método en su artículo 30 así: «Artículo 30. Interpretación por contexto. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto».

¹¹⁰ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹¹¹ Ib.

¹¹² Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

¹¹³ Ib.

¹¹⁴ Ib.

personal, legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes, siempre que no supere el 15% del valor definitivo de la calificación. La aludida norma reglamentaria de la Ley 909 de 2004,¹¹⁵ también establece: (i) que el jurado entrevistador estará conformado por 3 personas cuyos nombres deben darse a conocer 3 días antes de la realización de la prueba; (ii) que la «entrevista» deberá ser grabada en un medio magnetofónico y este, conservarse por 6 meses después de la expedición de la lista de elegibles; y (iii) que el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales «descalifican o aprueban» al entrevistado.

En ninguno de sus apartados, el Decreto Reglamentario 1227 de 2005¹¹⁶ regula lo relacionado con los efectos de los resultados de la prueba de «entrevista», es decir, no dispone reglas referidas a su carácter «eliminatorio» o «clasificador».

Aunado a lo anterior, la Sala se dio a la tarea de revisar en su totalidad los decretos expedidos por el Gobierno Nacional para reglamentar la Ley 909 de 2004,¹¹⁷ tales como, el 3232 de 2004,¹¹⁸ el 3543 de 2004,¹¹⁹ el 760 de 2005,¹²⁰ el 770 de 2005,¹²¹ el 785 de 2005,¹²² el 1228 de 2005,¹²³ el 2539 de 2005,¹²⁴ el 4500 de 2005,¹²⁵ el 1409 de 2008,¹²⁶ el 3905 de 2009,¹²⁷ 4567 de 2011,¹²⁸ el 1894 de 2012,¹²⁹ el 2484 de 2014,¹³⁰ y en ninguno de ellos, tampoco se reguló lo relacionado con los efectos o naturaleza de la prueba de «entrevista» en los concursos de méritos, es decir, no encontró la Sala regla alguna que precisara si dicho instrumento de selección puede tener efecto eliminatorio o solo clasificador; aspecto frente al cual existe entonces un vacío en las normas que regulan el sistema general de carrera administrativa de los empleos públicos.

En tal virtud, y, con el propósito de encontrar una regla de derecho que pueda ser objeto de aplicación analógica al caso en concreto, pasa la Sala a revisar algunos de los sistemas especiales de carrera, en especial, los de la

¹¹⁵ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹¹⁶ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

¹¹⁷ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹¹⁸ Por el cual se reglamentan el artículo 8 y el parágrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 909 de 2004.

¹¹⁹ Por el cual se reglamenta el literal c) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

¹²⁰ Por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.

¹²¹ Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004.

¹²² Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

¹²³ Por el cual se reglamenta el artículo 16 de la Ley 909 de 2004 sobre las Comisiones de Personal.

¹²⁴ Por el cual se establecen las competencias laborales generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de las entidades a las cuales se aplican los Decretos-ley 770 y 785 de 2005.

¹²⁵ Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004.

¹²⁶ Por el cual se reglamente el artículo 18 de la Ley 909 de 2004.

¹²⁷ Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa.

¹²⁸ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y Decreto-ley 770 de 2005.

¹²⁹ Por el cual se modifican los artículos 7º y 33 del Decreto número 1227 de 2005.

¹³⁰ Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 785 de 2005.

PGN,¹³¹ la DIAN¹³² y la carrera notarial; encontrando, que sólo para el caso de la PGN, el Decreto Ley 262 de 2000,¹³³ de manera expresa prohíbe atribuirle un efecto «*eliminatorio*» a la prueba de «*entrevista*». Veamos:

5.2.7.- La prueba de entrevista en el sistema de carrera de la PGN

En el caso del sistema especial de carrera administrativa de la PGN, el Gobierno Nacional estableció en el artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000,¹³⁴ respecto de la prueba de entrevista, lo siguiente:

«Artículo 204. Entrevista. *Cuando en un concurso se programe entrevista, ésta no podrá tener un valor superior al 20% de la calificación definitiva y nunca podrá tener carácter eliminatorio. El Procurador General o su delegado integrará el jurado calificador con un mínimo de 3 personas, una de las cuales deberá ser el jefe de la dependencia a la que esté adscrito el empleo por proveer. Cuando se asigne un puntaje no aprobatorio, el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones que lo justifican.»* (Subraya la Sala).

Según la norma trascrita, para el caso del sistema especial de carrera de la PGN, la prueba de «*entrevista*» está permitida siempre que no tenga carácter «*eliminatorio*» y que no supere el 20% de la calificación definitiva. La norma también señala, que los entrevistadores integran un jurado calificador de 3 personas, una de las cuales deberá ser el jefe de la dependencia a la que esté adscrito el empleo, y que cuando el puntaje sea «*no aprobatorio*», el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones de dicha calificación.

5.2.8.- La prueba de entrevista en el sistema de carrera de la DIAN

Para el caso del sistema específico de carrera administrativa de la DIAN, el Gobierno Nacional estatuyó en el artículo 34 del Decreto Reglamentario 765 de 2005,¹³⁵ respecto de la prueba de «*entrevista*», lo siguiente:

«Artículo 34. Etapas del proceso de selección. *El proceso de selección del Sistema Específico de Carrera comprenderá las siguientes etapas: (...)*
34.4. Pruebas o instrumentos de selección. (...).
Cuando se realice entrevista en el proceso de selección, no será necesaria la grabación magnetofónica de esta, siempre que sus objetivos y estructura, así como los aspectos relevantes de las respuestas dadas por el entrevistado, queden consignados en formularios previamente aprobados. En el caso de asignarse puntaje no aprobatorio se dejará constancia escrita

¹³¹ Procuraduría General de la Nación.

¹³² Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante DIAN.

¹³³ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹³⁴ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹³⁵ 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.

y motivada de las razones por las cuales se asignó dicho puntaje. Estos formularios deberán conservarse por el término de 6 meses.» (Subraya la Sala).

De acuerdo con la norma trascrita, para el caso del sistema específico de carrera de la DIAN, la prueba de «entrevista» como uno de los mecanismos de selección de personal también está permitido y puede tener carácter «aprobatorio» o «no aprobatorio», y en caso de ser «no aprobatorio» se deberá dejar constancia escrita y motivada de las razones por las cuales se asignó el respectivo puntaje.

5.2.9.- La prueba de entrevista en el sistema de carrera notarial

Para el caso de la carrera notarial, el artículo 4.º de la Ley 588 de 2000¹³⁶ dispone que «las pruebas e instrumentos de selección», a aplicar en los concursos para proveer cargos de notarios «son, en su orden: 1. Los análisis de méritos y antecedentes; 2. La prueba de conocimientos; y 3. La entrevista.». La disposición normativa en comento agrega, que «El concurso se calificará sobre 100 puntos», así:

- a) La prueba de conocimientos, tendrá un valor de 40 puntos, de los 100 del concurso. Los exámenes versarán sobre derecho notarial y registral.
- b) Las experiencias valdrán hasta 35 puntos, así: 5 puntos por cada año o fracción superior a 6 meses por el desempeño del cargo de notario, cónsul; 2 puntos por cada año o fracción superior a 6 meses en el ejercicio de autoridad civil o política, dirección administrativa, función judicial y legislativa o cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo; 1 punto por cada año o fracción superior a 6 meses de ejercicio de la profesión de abogado; 1 punto por cada año del ejercicio de la cátedra universitaria, 1 punto por cada año o fracción superior a 6 meses de funciones notariales o registrales.
- c) Especialización o postgrados 10 puntos.
- d) Autoría de obras en el área de derecho 5 puntos.
- e) La entrevista, hasta 10 puntos y evaluará la personalidad, vocación de servicio y profesionalismo del aspirante.».

Con el propósito de reglamentar la referida Ley 588 de 2000,¹³⁷ el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3454 de 2006,¹³⁸ por medio del cual precisó aspectos tales como, las etapas de la convocatoria, entre otros, disponiendo en su artículo 10.º, lo siguiente en torno a la prueba de «entrevista»:

«Artículo 10. Entrevista. Artículo compilado en el artículo 2.2.6.5.10 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1069 de 2015. La entrevista se realizará en forma presencial, en los lugares y con los criterios que determine el Consejo Superior. Por entrevista se entiende el proceso mediante el cual se evalúa objetivamente la personalidad, la vocación de servicio y el profesionalismo del aspirante. La entrevista será conducida por jurados integrados y designados por el Consejo Superior, de conformidad con el reglamento, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo 3

¹³⁶ Ib.

¹³⁷ Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial.

¹³⁸ Por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000.

días de antelación a su realización. Cada uno de los miembros del jurado asignará individualmente y en forma escrita y motivada el puntaje que corresponda al entrevistado, y la sumatoria de los resultados se dividirá por tres. La calificación que resulte será la que, sobre una calificación de 10 puntos, le será asignada al aspirante mediante decisión motivada.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico u otro que ofrezca seguridad suficiente, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a 6 meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles.».

La lectura de la disposición reglamentaria muestra, que para el caso del sistema de carrera notarial, la «*entrevista*» también está autorizada como prueba o medio de selección de personal legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes, y sólo podrá otorgarse hasta 10 puntos sobre 100. La aludidas normas también establecen: (i) que el jurado entrevistador estará conformado por 3 personas cuyos nombres deben darse a conocer 3 días antes de la realización de la prueba; (ii) que la «*entrevista*» deberá ser grabada en un medio magnetofónico y este conservarse por 6 meses después de la expedición de la lista de elegibles; y (iii) que el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones de la calificación que otorgan.

Lo hasta ahora expuesto muestra que para el caso de algunos de los sistemas especiales de carrera, como el de la PGN, la DIAN y la carrera notarial, la «*entrevista*» también está autorizada como prueba o medio de selección de personal legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes; y que en el caso de la PGN, el Decreto Ley 262 de 2000,¹³⁹ de manera expresa prohíbe atribuirle un efecto «*eliminatorio*».

A continuación la Sala revisará el tratamiento que la jurisprudencia Constitucional le ha dado dicho instrumento de selección de personal, en los procesos de ingreso a la Función Pública.

5.2.10.- Jurisprudencia constitucional sobre la «entrevista» para el ingreso a la Función Pública

1) Sentencia C-372 de 1999. La primera vez que la Corte Constitucional estudió el tema de la realización de una «*entrevista*» como medio idóneo para establecer el mérito en un proceso de selección de personal para el ingreso a cargos públicos, fue en la sentencia C-372 de 1999,¹⁴⁰ donde revisó, entre otros, el artículo 21 de la derogada Ley 443 de 1998.¹⁴¹ De lo dicho por la Corte en aquella oportunidad, se extrae de manera resumida: (i) que la realización de la entrevista no implica la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de esta Sala, que la prueba de

¹³⁹ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹⁴⁰ Con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴¹ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

entrevista no puede tener carácter eliminatorio; (ii) que previo a la realización de la entrevista, se deben establecer mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; (iii) que las demás pruebas o instrumentos de selección, no pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entrevista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida, lo que a juicio de la Ponente también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio porque ello implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar; (iv) que no son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la intimidad; (v) que los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones por las cuales descalifican o aprueban a un aspirante; y (vi) que los entrevistadores pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.

2) Sentencia SU-613 de 2002.¹⁴² En esta providencia, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de revisar la tutela presentada por el señor José Luis Aramburo Restrepo contra la Corte Suprema de Justicia porque no lo designó como Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, «no obstante encabezar la lista correspondiente por haber obtenido el puntaje más alto, no sólo para dicha plaza sino en todo el país», pues, valiéndose de la realización de una entrevista aplicada a los integrantes de la lista de elegibles, escogió a quien ocupó el tercer lugar. Señaló la Corte en esa oportunidad, que si bien la Ley 270 de 1996, «Estatutaria de Administración de Justicia», no regula lo relacionado con la prueba de entrevista en los procesos de selección, se «considera necesario precisar algunos aspectos relacionados con la entrevista de manera tal que su realización, cuando fuere necesaria, no desvirtúe el proceso de evaluación ni altere los propósitos para los cuales fue creada». Así las cosas, en la referida providencia SU-613 de 2002, la Corte Constitucional reiteró el criterio jurisprudencial que observó por vez primera en la sentencia C-372 de 1999, en el sentido: (i) que la realización de la prueba de la entrevista no puede distorsionar o desconocer la relevancia de las demás pruebas; (ii) que dicha prueba debe ir precedida de la publicación de los parámetros y condiciones de su realización y evaluación; (iii) que están prohibidas las preguntas sobre aspectos íntimos o personales; (iv) que los evaluadores pueden ser recusados; y (v) que estos están en la obligación de motivar la calificación de los aspirantes.

3) Sentencia T-384 de 2005.¹⁴³ En esta oportunidad, la Corte Constitucional revisó una acción de tutela presentada por el señor Rogelio Arturo Sánchez Idárraga contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, CSJ,¹⁴⁴ por «no admitirlo al Curso de Formación Judicial, dentro del XII Concurso de Méritos para la Provisión de Cargos de Carrera de la Rama Judicial, en el que participó para los cargos de Juez Penal del Circuito y Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, (...) por cuanto, de conformidad con el Acuerdo 1.549 de

¹⁴² Con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴³ Con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴⁴ En adelante CSJ.

2002 del CSJ, solo un número de aspirantes equivalente a la cantidad estimada de vacantes adicionada en un 25% tendrían acceso a dicho curso». En esta providencia, luego de analizar cada una de las etapas y pruebas establecidas para ese concurso en particular, la Corte reiteró el criterio expresado en las sentencias C-372 de 1999 y SU-613 de 2002, según la cuales, (i) la entrevista no puede versar sobre aspectos íntimos o personales de los concursantes, (ii) los resultados de su aplicación no pueden pesar más que los del resto de las pruebas, (iii) los entrevistadores pueden ser recusados previamente, y (iv) los entrevistadores deben dejar expresa constancia de las razones de la valoración realizada a cada uno de los concursantes.

4) C-478 de 2005.¹⁴⁵ En esta sentencia, la Corte Constitucional estudió una demanda de constitucionalidad presentada, entre otros, contra el artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000¹⁴⁶ atrás transcrito, referido a la prueba de la entrevista como medio de selección de personal en el sistema especial de carrera de la PGN. De acuerdo con lo expuesto por la Corte, «Los cargos que expone la demandante (...) se concretan en afirmar que la consagración legal de la entrevista como criterio de evaluación para el concurso público de méritos encaminado a la provisión de empleos en la Procuraduría General de la Nación, desconoce principios constitucionales que caracterizan el sistema de concurso de méritos. Por cuanto, la entrevista puede conllevar en sí misma una decisión de carácter subjetivo, razón por la que no debería constituir un criterio de evaluación en un concurso público». La corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma acusada, argumentando que en el caso del sistema especial de carrera de la PGN, el hecho de que el artículo 204 del Decreto Ley 262 de 2000¹⁴⁷ establezca que la prueba de entrevista no tendrá carácter eliminatorio es garantía de objetividad.

5) C-105 de 2013.¹⁴⁸ La última vez que la Corte Constitucional se refirió a la prueba de la entrevista como medio o instrumento de selección de personal fue en la sentencia C-105 de 2013, en la que estudió una demanda de constitucionalidad presentada contra el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012;¹⁴⁹ modificadorio del artículo 170 de la Ley 136 de 1994,¹⁵⁰ que estableció el procedimiento de elección de los personeros por los concejos municipales y distritales previo concurso de méritos adelantado por la PGN. La Corte definió que el problema jurídico a resolver en dicha providencia tenía que ver con establecer, si la previsión de un concurso público de méritos como instancia previa a la elección de los personeros municipales y

¹⁴⁵ Con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴⁶ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹⁴⁷ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹⁴⁸ Con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁴⁹ Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

¹⁵⁰ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

distritales, es incompatible o no con el principio democrático, con el derecho a la igualdad, y con el procedimiento constitucional para la designación de estos servidores. En esa oportunidad, la Corte aprovechó para recordar su jurisprudencia sobre la exigencia de diseñar y realizar los concursos públicos de méritos para proveer cargos bajo estándares generales que aseguren el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, así como el debido proceso, la transparencia, la objetividad, la independencia y el mérito, entre otros, valores, principios y derechos constitucionales. Así mismo, reiteró el criterio expuesto en las sentencias SU-613 de 2002, C-372 de 1999, T-384 de 2005, C-478 de 2005, antes referidas, en el sentido de considerar que la entrevista, por su carácter subjetivo, no puede tener mayor peso que las pruebas objetivas como la de conocimientos, y que por lo tanto es admisible en la medida que sólo sea considerada como un «factor secundario y accesorio».

El anterior recuento jurisprudencial, aunque sucinto, permite concluir entonces, que para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la prueba de la entrevista se aviene a los principios, valores y derechos constitucionales, siempre que su diseño y realización cumpla con las siguientes reglas generales:

- ⇒ La realización de la entrevista no puede implicar la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de esta Sala del Consejo de Estado, que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, es decir, que los resultados de su realización, nunca pueden significar la exclusión de un concursante, aseveración que para esta Sección tiene el carácter de regla jurisprudencial;
- ⇒ Previo a la realización de la entrevista, se deben publicar los parámetros y condiciones de su realización y evaluación;
- ⇒ Las demás pruebas o instrumentos de selección no pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entrevista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida de tal manera que se distorsione o desconozca la relevancia de las demás pruebas, es decir, que la entrevista es una prueba accesorio y secundaria, lo que a juicio de esta Corporación, también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, porque lo contrario, implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar;
- ⇒ No son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la intimidad;
- ⇒ Los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones de la calificación de un aspirante;

- ⇒ Previo a la realización de la entrevista se deben publicar mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; y
- ⇒ Los nombres de los jurados entrevistadores deberán publicarse varios días antes de la realización de la entrevista y pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.

5.2.11.- Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la «entrevista» para el ingreso a la Función Pública

1) Sentencia de 25 de abril de 2019. Exp. 11001032500020150105300 (46032015). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B.¹⁵¹ En sentencia de única instancia, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, al resolver de fondo tres demandas de nulidad contra el concurso adelantado por la CNSC para proveer varios empleos de carrera de la Agencia Nacional de Minería (ANM), se pronunció sobre la entrevista como instrumento de selección, y por ende de medición del mérito, para el ingreso a la Función Pública. La Corporación, citando a la Corte Constitucional, indicó que la entrevista se ajusta a los principios, valores y derechos superiores, siempre que su diseño y realización cumpla con las siguientes reglas generales anteriormente señaladas, precisando, la regla jurisprudencial según la cual, la entrevista nunca puede tener carácter eliminatorio. Por otra parte, la providencia recalcó la importancia que, para algunas entidades, tiene la realización de «*pruebas de confianza*» a sus empleados, como el análisis de estrés de voz y el polígrafo, así como estudios de seguridad, debido a la importancia, especialidad y delicadeza de las funciones. No obstante, la Sección Segunda, Subsección B, enfatizó que la realización de estas pruebas, dado el carácter subjetivo de sus resultados, puede atentar contra los principios, valores y derechos superiores, a menos que para su aplicación se implementen estrictos protocolos y condicionamientos, tales como que, (i) La negativa de un concursante de someterse a la práctica de «*pruebas de confianza*», como lo es la de «*análisis de estrés de voz*», no puede significar la exclusión del proceso de selección; y (ii) que para el concursante que consienta en la aplicación de pruebas de confianza como la de «*análisis de estrés de voz*», los resultados de las mismas, no pueden implicar su exclusión del proceso de selección, y el otorgamiento de puntaje debe serlo en menor proporción a las puntuaciones que se otorgan respecto de otras pruebas.

2) Sentencia de 19 de septiembre de 2019. Exp. 11001-03-25-000-2016-00514-00 (2330-2016). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A.¹⁵² En la referida sentencia, se mantuvo la presunción de legalidad de los artículos 23 parcial y 24 del Decreto 1227 de 2005,¹⁵³ arriba transcritos, en los que, para el caso del sistema general de carrera administrativa vigilado y administrado por la CNSC, se autoriza la

¹⁵¹ Con ponencia de la Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁵² Con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez.

¹⁵³ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.

«entrevista» como prueba o medio de selección de personal, legítimo o idóneo para establecer el mérito de los concursantes, siempre que no supere el 15% del valor definitivo de la calificación. La providencia señala, que como aludida norma reglamentaria establece: (i) que el jurado entrevistador estará conformado por 3 personas cuyos nombres deben darse a conocer 3 días antes de la realización de la prueba; (ii) que la «entrevista» deberá ser grabada en un medio magnetofónico y este, conservarse por 6 meses después de la expedición de la lista de elegibles; y (iii) que el jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales «descalifican o aprueban» al entrevistado, «la sujeción a estos parámetros en el diseño y realización de la prueba de entrevista en los concursos públicos permite satisfacer el principio del mérito pero, además, garantiza el derecho al debido proceso puesto que, mecanismos como la consagración previa de las reglas y el procedimiento a seguir, la posibilidad de recusación de jurados y la contradicción de los resultados de la evaluación, efectivizan el derecho de defensa de los aspirantes».

5.2.12.- Análisis de los apartes normativos demandados

Establecido lo anterior, procede la Sala al análisis de los apartes normativos demandados, en aras a determinar si cumplen sí o no con los parámetros legales y jurisprudenciales fijados por el ordenamiento jurídico para el diseño y realización de la prueba de entrevista en los concursos públicos de méritos para el acceso a la función pública.

«Artículo 4.º. Estructura del Proceso. El concurso Abierto de Méritos para la selección de los aspirantes tendrá las siguientes fases:

FASES DEL PROCESO

1. Convocatoria y divulgación
2. Inscripciones.
3. Verificación de los requisitos mínimos
4. Aplicación de pruebas.
 - 4.1.1. Pruebas para grupos I y II
 - 4.1.2. Pruebas sobre competencias comportamentales
 - 4.1.3. Prueba de Entrevista
 - 4.1.4. Valoración de Análisis de antecedentes
 - 4.2. Pruebas para los grupos III y IV
 - 4.2.1. Pruebas sobre competencias básicas y funcionales.
 - 4.2.2. Pruebas sobre competencias comportamentales.
 - 4.2.3. Valoración de Análisis de Antecedentes
5. Conformación de lista de elegibles
6. Nombramientos en periodo de prueba.

Parágrafo 1.º. La prueba de entrevista se aplicará únicamente a los aspirantes que superen la prueba de competencias básicas y funcionales, y que hayan optado por inscribirse y aspirar a los empleos con los códigos OPEC que se relacionan a continuación de los grupos I y II (...)

Artículo 31. Pruebas a aplicar, carácter y ponderación. De conformidad con lo previsto en el numeral 3.º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad evaluar la capacidad, idoneidad y adecuación del aspirante y establecer una

clasificación de los mismos respecto de las competencias y calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un empleo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente establecidos.

Para el desarrollo del presente proceso de selección, las pruebas a aplicar para los empleos de los diferentes niveles, se regirán por los siguientes parámetros. (...)

• **Grupo I. Nivel Profesional y Técnico**

PRUEBAS	GRUPO I		
	CARÁCTER	PONDERACIÓN	MÍNIMO APROBATORIO
Competencias Básicas y funcionales	Eliminatoria	50%	65/100
Competencias comportamentales	Clasificatoria	20%	N/A
Entrevista	Eliminatoria	15%	70/100
Valoración de antecedentes	Clasificatoria	15%	N/A
TOTAL		100%	

• **Grupo II. Nivel Profesional (Profesional Universitario Grados 01 y 05). "Ley del Primer Empleo"**

PRUEBAS	GRUPO I		
	CARÁCTER	PONDERACIÓN	MÍNIMO APROBATORIO
Competencias Básicas y funcionales	Eliminatoria	55%	65/100
Competencias comportamentales	Clasificatoria	25%	N/A
Entrevista	Eliminatoria	15%	70/100
Valoración de antecedentes	Clasificatoria	5%	N/A
TOTAL		100%	

(...)

Artículo 40. Prueba de entrevista. La entrevista es un instrumento que permite conocer, analizar y valorar información importante de los candidatos. En este proceso se evidencian aspectos relacionados con la conducta, personalidad, aptitudes, principios, ética, valores, intereses y motivaciones y competencias requeridas para un determinado puesto de trabajo, empleando para ello herramientas que aporten información relevante del candidato a fin de prever la adaptación del mismo tanto al puesto de trabajo como a la entidad. Por consiguiente, dicha prueba estará apoyada por la aplicación de la prueba de análisis de estrés de voz, que se realizara previo a la entrevista y los resultados se proveerán como insumo para los jurados en el momento de la realización de la misma.

La prueba de entrevista (apoyada con análisis de estrés de voz) tiene carácter eliminatorio y será aplicada a los aspirantes de los grupos I y II que

hayan superado la etapa de verificación de requisitos mínimos y las pruebas de competencias básicas y funcionales.

La prueba de entrevista se calificará numéricamente en escala de 0 a 100 puntos, con una parte entera y 2 decimales y será ponderada como se describe a continuación:

El aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista menor que 70 puntos, quedará eliminado y no podrá continuar en el proceso de selección. Por el contrario, el aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista mayor o igual a setenta puntos, podrá continuar en el concurso y su resultado será ponderado con un porcentaje de 15%, conforme a lo establecido al artículo 31° de presente acuerdo. (...)

Artículo 41. Citación y realización de la prueba de entrevista – para los grupos I y II. El Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES) o la universidad, institución universitaria o institución de educación superior delegada para adelantar esta fase del concurso, citará a la prueba de entrevista únicamente a los aspirantes que hayan superado las pruebas de Competencias Básicas y Funcionales para lo cual publicará, con un antelación no menor a 5 días hábiles a la aplicación de las pruebas e las páginas web [www. Cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co), en el link “Convocatorias en Desarrollo”, “Convocatoria No. 328 de 2015 – SDH”, y en la del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES) o la universidad, institución universitaria o institución de educación superior que contrate CNSC.

El Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES) o la universidad, institución universitaria o institución de educación superior que la Comisión Nacional del Servicio Civil Contrate para adelantar el proceso de selección deberá garantizar, en cada caso, un jurado calificados integrado por un mínimo de 3 personas y realizará la grabación de la entrevista por competencias en medio magnético, en concordancia con lo previsto en el artículo 2.2.6.14 del Decreto 1083 de 2015.

El aspirante citado, podrá consultar el lugar, fecha y hora de realización de la entrevista en las páginas Web www. Cnsc.gov.co, en el link “Convocatorias en Desarrollo”, “Convocatoria No. 328 de 2015 – SDH” y en la del Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES) o la universidad, institución universitaria o institución de educación superior que contrate CNSC.

Artículo 42. Publicación de resultados de la prueba de entrevista para grupos I y II: a partir de la fecha que disponga la CNSC , a través del Despacho del Comisionado responsable de la convocatoria, que será publicada con una antelación no inferior a 5 días hábiles en las páginas Web www.cnsc.gov.co en el link “ Convocatoria No. 328 de 2015 – SDH” y en la del ICFES o de la universidad, institución universitaria o institución de educación superior que contrate la CNSC, serán publicados los resultados de las pruebas de entrevista para los Grupos I y II.

Artículo 43. Reclamaciones. Las reclamaciones que se presenten frente a los resultados de a prueba de entrevista para los Grupos I y II, se recibirán y decidirán exclusivamente por el ICFES o de la universidad, institución universitaria o institución de educación superior contratada por la CNSC, a través de su página Web y en la de la CNSC www.cnsc.gov.co en el link “Convocatoria No. 328 de 2015 – SDH”. El tiempo para realizar las reclamaciones es de 5 días hábiles contados a partir del día siguiente a la publicación de los resultados.

El ICFES o la universidad, institución universitaria, o institución de educación superior contratada será responsable de resolver las reclamaciones y deberá comunicarla al peticionario a través de su página Web y en la de la CNSC www.cnsc.gov.co en el link "Convocatoria No. 328 de 2015 – SDH". Contra la decisión que resuelve la reclamación no procede ningún recurso.

Artículo 44. Resultados finales de la prueba de entrevista para los Grupos I y II. *Las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivo de esta prueba, se publicaran en la página Web www.cnsc.gov.co en el link "Convocatoria No. 328 de 2015 – SDH" y en la del ICFES o la universidad, institución universitaria, o institución de educación superior contratada. Para conocer las respuestas a las reclamaciones y resultados definitivos de esta prueba, los aspirantes deben ingresar con el PIN y con el número del documento de identidad.*

Parágrafo. *Los aspirantes que no hayan superado la prueba de entrevista con el apoyo de la prueba de análisis de estrés de voz, no continuarán en el proceso de selección, por tratarse de una prueba de carácter eliminatorio y; por tanto, serán excluidos del concurso*. (Subraya la Sala).

Los apartes normativos demandados establecen, en líneas generales, entre otras, que en la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, los cargos ofertados fueron agrupados en 4 grupos y que la prueba de entrevista con «análisis de estrés de voz» sólo se les realizaría, con carácter eliminatorio, a los participantes que aplicasen para los empleos ofertados en los Grupos I y II.

La lectura de los apartados normativos transcritos evidencia, que la forma como fue diseñada la prueba de entrevista en la Convocatoria 328 de 2015 desconoce los parámetros establecidos por la legislación y la jurisprudencia reseñadas, puesto que contrariando la reglas contenidas en las fuentes normativas analizadas y al criterio pacífico y reiterado de la Corte Constitucional al que se ha hecho referencia en líneas anteriores, la CNSC dispuso en el demandado Acuerdo 542 de 2015,¹⁵⁴ que dicha prueba tendría carácter eliminatorio.

5.2.13.- Conclusión de la Sala

En definitiva, como los parámetros fijados por las normas y la jurisprudencia reseñadas, no fueron colmadas por las reglas de la Convocatoria 328 de 2015, en cuanto a la prueba de entrevista se refiere, las anteriores consideraciones son suficiente para ordenar, luego del análisis realizado, la nulidad de los apartados normativos del Acuerdo 542 de 2015¹⁵⁵ que disponen que la prueba de entrevista tiene carácter eliminatorio, contenidos en los artículos 31, 40 y 44 de las reglas de la Convocatoria.

¹⁵⁴ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría Distrital de Hacienda, Convocatoria 328 de 2015 - SDH.

¹⁵⁵ Ib.

5.3.- ESTUDIO y RESOLUCIÓN DEL TERCER PROBLEMA JURÍDICO.

El tercer problema jurídico formulado en la audiencia inicial¹⁵⁶ se refiere a establecer, si la Convocatoria 328 de 2015 desconoce el derecho a la igualdad de los concursantes, puesto que (i) únicamente exige la prueba de entrevista a los concursantes a los empleos ofertados en los Grupos I y II del proceso de selección, y (ii) porque varios de los empleos ofertados, pese a tener las mismas funciones o tareas, el salario fijado, tiene una asignación salarial diferente.

5.3.1.- Alcances del derecho a la igualdad

El artículo 13 de la Constitución consagra el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

«Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

En concepto de la Corte Constitucional, el mandato en cita «ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho».¹⁵⁷ No obstante, la Corte también ha enfatizado que ello «no refleja la complejidad que supone su eficacia en un orden jurídico orientado bajo los principios del Estado Social de Derecho, ni deja en claro qué elementos son relevantes, al momento de verificar las situaciones, personas o grupos en comparación».¹⁵⁸

Por lo tanto, la Corte ha señalado que el artículo 13 superior regula varias dimensiones del derecho a la igualdad: (i) La formal o ante la ley, que se relaciona con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) La prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto que involucre una distinción irrazonable basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien; y (iii) La dimensión material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.¹⁵⁹

¹⁵⁶ A partir de los argumentos planteados en las demandas 4756-2016, 4757-2016, 4763-2016, 4764-2016, 4772-2016, 4773-2016, 4774-2016, 5121-2016, 5255-2016, 5260-2016, 5261-2016, 5264-2016 y 0001-2017.

¹⁵⁷ Sentencia C-006 de 2017

¹⁵⁸ Ib.

¹⁵⁹ Sentencias T-629 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez; , C-394 de 2017

Así las cosas, la Corte Constitucional se ha valido del juicio o test de igualdad, para determinar si se justifica un trato diferenciado en algunos casos. Al respecto, ha considerado:

«Con el fin de establecer si en un caso determinado se justifica el establecimiento de diferencias entre el trato que las autoridades dan a unos y otros individuos, la Corte Constitucional ha indicado la aplicación de un test de igualdad, en virtud de que el concepto de igualdad es de carácter relativo (como en su momento lo anotó Norberto Bobbio), por lo menos en tres aspectos: los sujetos entre los cuales se quieren repartir bienes o gravámenes; esos bienes o gravámenes a repartir; y finalmente, el criterio para asignarlos.

"En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio?. Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc."

(...)

Esa prueba, que sirve para determinar la posible vulneración del derecho a la igualdad, puede ser descompuesta en dos principios parciales: a) si no hay razón suficiente para la permisión de un trato desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual; b) si la hay, entonces es válido un trato desigual.»¹⁶⁰

A partir de lo expuesto, encuentra la Sala que para la Corte Constitucional, el juicio de igualdad o proporcionalidad comporta 3 etapas: *«(i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada».*¹⁶¹

En este orden de ideas, para resolver el caso en concreto, la Sala deberá entrar a analizar si en esta oportunidad se configuran los presupuestos para adelantar el juicio de igualdad.

5.3.2.- Test de igualdad o proporcionalidad

⇒ Supuestos de hecho

Lo primero que debe determinar la Sala frente al acuerdo demandado, es si los empleos ofertados en la Convocatoria 328 de 2015 pertenecientes a los Grupos I y II, tienen asignadas funciones y tareas idénticas a las de los empleos ubicados en los Grupos III y IV, como asegura la parte

¹⁶⁰ Sentencia T-789 de 2000; Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

¹⁶¹ Sentencia C-015 de 2014, Magistrado ponente: Dr. Mauricio González Cuervo

demandante. Seguidamente, se deberá analizar si en la OPEC existen cargos con funciones idénticas y salarios diferentes.

Así las cosas, encuentra la Sala que el artículo 4° del Acuerdo 542 de 2015 al señalar la estructura del proceso, señala que la «*la prueba de entrevista, se aplicará únicamente a los aspirantes que superen la prueba de competencias básicas y funcionales*» y que además, hayan optado por concursar a los empleos pertenecientes a los Grupos I y II.

En este orden, se tiene que los empleos ofertados, se agruparon de la siguiente forma:

- **Grupo I:** Compuesto por 93 empleos correspondientes a 337 vacantes de los niveles Profesional y Técnico;
- **Grupo II:** Contentivo de 8 empleos correspondientes a 83 vacantes del nivel Profesional, denominados Profesional Universitario grados 01 y 05, «*Ley del Primer Empleo*»;
- **Grupo III:** Conformado por 182 empleos con 359 vacantes de los niveles Profesional, Técnico y Asistencial.
- **Grupo IV:** Formado por 19 empleos con 27 vacantes del nivel profesional denominados Profesional Universitario grados 01 y 05, «*Ley del Primer Empleo*».

En ese orden de ideas, la revisión de la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC y del Manual de Funciones de la SDH, muestra a la Sala que no es cierta la afirmación de los accionantes consistente en que los empleos ofertados en los Grupos I y II tienen iguales funciones a aquellos ofertados en los Grupos III y IV, por lo que la prueba de entrevista debía aplicarse a todos los grupos o a ninguno de ellos.

Al respecto, encuentra la Sala, por ejemplo, que para el caso cargo de Profesional Especializado grado 27 ubicado en la «*Oficina de Análisis y Control de Riesgo*», ofertado en los Grupos I y III, no existe identidad en el propósito del empleo. Sobre el particular, se observa:

CÓDIGO OPEC	212757	212756
DENOMINACIÓN	Profesional Especializado, Grado 27.	Profesional especializado, Grado 27.

PROPÓSITO PRINCIPAL DEL EMPLEO:	Liderar y coordinar las actividades relacionadas con la gestión del <i>riesgo financiero</i> desarrollando las etapas de identificación, medición, control y monitoreo de acuerdo con la metodología seleccionada de acuerdo con los procedimientos y normatividad establecida.	Liderar y coordinar las actividades relacionadas con la gestión del <i>riesgo contingente</i> desarrollando las etapas de identificación, medición, control y monitoreo, de igual forma la <i>formulación de la estrategia financiera en búsqueda de la reducción de la vulnerabilidad fiscal del Distrito ante la ocurrencia de desastres naturales de acuerdo con la metodología establecida y según los procedimientos y normatividad vigente establecida.</i>
GRUPO	I	III
¿DEBE REALIZAR ENTREVISTA?	Si	No

De acuerdo al comparativo realizado, encuentra la Sala que el propósito de los empleos es distinto, pues el que está ubicado en el Grupo I cumple funciones relacionadas con la «*gestión del riesgo financiero*» mientras que aquél ubicado en el Grupo III, tiene asignadas tareas concernientes a la gestión del «*riesgo contingente*», así como la «*formulación de la estrategia financiera*».

Igualmente sucede respecto de los empleos de Profesional Universitario grado 11 y Profesional Universitario grado 14 ubicados en la «*Oficina de Cobro Prejurídico*» de la SDH, que según los accionantes, tienen funciones similares pero exigencias de educación profesional o experiencia diferenciada. Sobre el particular, resalta la Sala que la revisión de la OPEC y del Manual de Funciones de la SDH evidencia que dichos empleos, pese a ser denominados «*profesional universitario*» y pertenecer a la misma dependencia, ostentan diferentes grados y, consecuentemente, distintas funciones. De este modo, los profesionales universitarios del grado 14 tienen a su cargo la realización de «*actividades tendentes a la obtención del pago de las obligaciones tributarias correspondientes al segmento de deudores de mediana complejidad.*»; mientras que los profesionales universitarios del grado 11 se encargan del segmento de «*deudores de menor complejidad*».

En lo referente a la desigualdad salarial que alegan los accionantes, consistente en que existen empleos con iguales funciones y tareas y diferente asignación salarial, resalta la Sala que en el presente proceso únicamente se discute la legalidad de la Convocatoria 328 de 2015 que adelantada por la CNSC, acto administrativo que no tiene incidencia en la determinación de la asignación salarial de los cargos ofertados, pues, su propósito, objeto y contenido, se limita a convocar a concurso público de méritos para proveer en propiedad 806 cargos de carrera administrativa de la SDH; más no a fijar salarios ni prestaciones sociales.

Por lo tanto, si la parte demandante quería cuestionar que al interior de la SDH existe desigualdad salarial, lo que debió demandar fueron los decretos a través de los cuales la Administración Distrital, siguiendo los lineamientos establecidos por el Gobierno Nacional en el respectivo decreto anual de salarios, en desarrollo de la competencia asignada en el párrafo del

artículo 12 de la Ley 4 de 1992, fija los emolumentos de los empleados públicos del Sector Central del Distrital Capital, entre los que se encuentra la SDH.

5.3.3.- Conclusión de la Sala

De lo expuesto, se concluye entonces, que en esta oportunidad no se cumple con el primer presupuesto del test de igualdad, esto es, que los supuestos de hecho sean susceptibles de compararse. Por lo tanto, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del mencionado test y, en tal medida, la tercera censura, reparo o inconformidad formulada por la parte demandante no prospera.

5.4.- ESTUDIO y RESOLUCIÓN DEL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO

El cuarto problema jurídico planteado en la audiencia inicial está encaminado a determinar si la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, debe ser anulada porque supuestamente vulneró el principio de publicidad, ya que se sustentó, entre otras, en el Manual Específico de Funciones y Requisitos de la SDH, contenido en la Resolución 101 de 15 de abril de 2015, acto administrativo general que¹⁶² nunca fue publicada.

5.4.1.- La publicidad como presupuesto básico para la eficacia del acto administrativo, más no para la validez del mismo

Dentro de los atributos básicos de las manifestaciones de la voluntad de la administración, encontramos el presupuesto de la divulgación como un elemento necesario para su obligatoriedad y ejecutividad respecto de los interesados. Este principio, de sustento constitucional (artículo 209) y legal (artículo 3º del CCA y del CPACA) impone a las autoridades el deber de dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el fin de que se articulen armónicamente con el ordenamiento jurídico y faciliten a los ciudadanos el derecho fundamental a participar en el control del poder político.¹⁶³

Múltiples normas dan cuenta de la forma de hacer efectivo este principio. Por ejemplo, el artículo 1º de la Ley 57 de 1985, «por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales», establece:

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

¹⁶² De acuerdo con lo afirmado en las demandas 4756-2016, 4757-2016, 4763-2016, 4764-2016, 4769-2016, 4772-2016, 4773-2016, 4774-2016, 4972-2016, 4973-2016, 4976-2016, 4982-2016, 5121-2016 y 5255-2016.

¹⁶³ Constitución Política Artículo 40 numeral 6. (...) «Para hacer efectivo este derecho puede: (...) Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley».

Por su parte, el párrafo del artículo 119 de la Ley 489 de 1998,¹⁶⁴ preceptúa:

«Artículo 119. Publicación en el Diario Oficial. A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial: (...) **Parágrafo.** Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad».

A su vez, el artículo 43 del C.C.A. dispone:

«Artículo 43. Deber y forma de publicación. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto. Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando. (...)».

De igual modo, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011,¹⁶⁵ preceptúa:

«Artículo 65. Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

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

En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

Parágrafo. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular».

Ahora bien, la Ley 909 de 2004,¹⁶⁶ en su artículo 33 también consagra esta obligación de publicar los actos administrativos relativos a los concursos de méritos en los siguientes términos:

«Artículo 33. Mecanismos de publicidad. La publicidad de las convocatorias será efectuada por cada entidad a través de los medios que

¹⁶⁴ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

¹⁶⁵ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁶⁶ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia, de acuerdo con lo establecido en el reglamento.

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

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

Significa lo anterior, que los actos administrativos no serán obligatorios y/u oponibles para sus destinatarios, mientras no hayan sido publicados mediante las formas especialmente señaladas para el efecto.

Ahora bien, a pesar de la gran importancia de la publicidad en la función administrativa, es bueno recordar que este principio no se integra en el proceso de formación de los actos administrativos generales, en tanto constituye una operación administrativa material y reglada, pero *posterior*.

En ese sentido, abundante resulta la jurisprudencia de esta Corporación en la que se ha sostenido que ante la ausencia o irregularidad de la publicación de los actos administrativos, no afecta o no incide sobre la validez de los mismos. En lo relacionado con la ausencia de publicación de los actos administrativos, esta Corporación ha indicado que:

« (...) el requisito de la publicación frente a los actos administrativos de carácter general atiende generalmente a su eficacia, es decir, a que produzcan efectos jurídicos y sean obligatorios para los particulares, sin que la carencia de dicha exigencia dé lugar a su declaratoria de nulidad, pues la misma debe sustentarse en aspectos intrínsecos del acto relativos a su validez.»¹⁶⁷

La jurisprudencia reciente de la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha precisado al respecto, que:

«Es importante señalar que las actuaciones o procedimientos de publicación no son otra cosa que instrumentos propios de la eficacia del acto y no de la validez del mismo, luego el reproche así planteado no constituye una causal que pueda desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido.

Debe recordarse que, como lo ha explicado esta Corporación en abundantes providencias, la falta de notificación del acto administrativo conlleva su ineficacia, que se traduce en la imposibilidad de producir los efectos para los que fue proferido, en la medida en que la publicidad del acto deviene un requisito indispensable para que la decisión adquiera el carácter de obligatoria.

¹⁶⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 18 de diciembre de 1997. Actor: Luis Mario Duque. Demandado: Director de Catastro Municipal de Cali. Consejero Ponente Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola; posición reiterada por la Sección Quinta en la sentencia de 17 de marzo de 2005, proferida en el expediente de Radicación número: 13001-23-31-000-2004-00003-01 (3321) C.P. María Nohemí Hernández Pinzón

El principio de publicidad consagrado en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 209 de la Constitución Política constituye una garantía para los administrados en el sentido de que no habrá actuaciones oscuras y secretas de las autoridades y que las decisiones que los afecten serán dadas a conocer con miras a que puedan ejercer en forma oportuna el derecho de contradicción».

Por su parte, la Sección Primera de esta Corporación ha indicado que *«la ausencia del requisito de publicidad del acto general que se enjuicia no supone inexistencia o invalidez»¹⁶⁸* sino que conlleva su ineficacia o inoponibilidad.

Lo anterior, se encuentra en consonancia con lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-957 de 1999, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, en la que dijo que *«tratándose de actos administrativos de carácter general, la falta de publicidad impide la obligatoriedad y la oponibilidad del acto a los particulares (C.C.A., arts. 43 y 48), más no se constituye en causal de nulidad del mismo (C.C.A., art. 84), por cuanto la publicación del acto no es requisito para su validez».*

De conformidad con la jurisprudencia expuesta, es claro que ante la ausencia o irregularidad de la publicación de los actos administrativos generales, no se presenta una afectación o incidencia sobre la validez de los mismos, ni de la de los que; siendo de la misma naturaleza general, se expidan a partir de ellos.

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

Sin perjuicio de esta conclusión, vale la pena recordar que de conformidad con el artículo 33 de la Ley 909 de 2004,¹⁶⁹ la página web de cada entidad pública, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de las entidades contratadas para la realización de los concursos, complementadas con el correo electrónico y la firma digital, será el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos.

En ese sentido, al revisar la página web de la SDH, encuentra la Sala que la Resolución 101 de 15 de abril de 2015 y aquellas que la modifican, contentivas del Manual de Funciones y Requisitos de dicha entidad, se encuentran colgadas en el link *«<http://www.shd.gov.co/shd/manual-funciones>»*; por lo que, para los precisos efectos del proceso de selección, los concursantes debían verificar las características y los requisitos de los empleos para los cuales aspiraban a concursar en la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC; y en esa medida, para los concretos

¹⁶⁸ Consejo De Estado, Sección, Primera Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ., 12 de julio de 2018, Radicación número: 11001-03-24-000-2012-00073-00

¹⁶⁹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

efectos del proceso de selección, se insiste, se cumple con los estándares de publicidad señalados en el artículo 33 de la Ley 909 de 2004.¹⁷⁰

5.4.2.- Conclusión de la Sala

A juicio de esta Sala, para efectos del proceso de selección, la publicación de la Resolución 101 de 15 de abril de 2015 la página web de la SDH, resulta suficiente para dar por divulgado y/o publicado el Manual Específico de Funciones y Requisitos de dicha entidad, pues, como quedo expuesto, en el marco de los concursos de mérito para el ingreso a la Función Pública, la publicación en la página web de cada entidad, será el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los procesos de selección, erigiéndose dicho trámite como una forma válida de dar a conocer los actos administrativos de carácter general, en las respectivas convocatorias.

En consecuencia, este cargo no prospera.

5.5.- ESTUDIO y RESOLUCIÓN DEL QUINTO PROBLEMA JURÍDICO

En este punto, la Sala debe determinar si la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, desconoció lo dispuesto en la Ley 1006 de 2006¹⁷¹ que reglamenta la profesión de Administrador Público, porque supuestamente, dicha norma señala que las funciones relacionadas con la gestión administrativa únicamente pueden ser desarrolladas por «Administradores Públicos» de profesión. De acuerdo con la parte demandante,¹⁷² contrario a ello, en la OPEC del concurso se deja por fuera la referida carrera, ya que, ninguno de los empleos ofertados, permite que los graduados en esa actividad los desempeñen.

5.5.1.- Análisis de la Ley 1006 de 2006¹⁷³

En efecto, la Ley 1006 de 2006¹⁷⁴ se encarga de «reglamenta[r] la profesión de Administrador Público», estableciendo en su artículo 1º, que el objeto de la misma es «defin[ir] la profesión de Administrador Público, reglamenta su ejercicio, determina su naturaleza y campo de aplicación, desarrolla los principios que la rigen, señala sus entes rectores de dirección, organización, acreditación y control del ejercicio de la profesión».

Por su parte, el artículo 2º de la Ley 1006 de 2006¹⁷⁵ señala, que la «función social» de la profesión de Administrador Público es «el ejercicio de actividades que comprenden el desarrollo de las funciones del Estado y del manejo de los asuntos públicos. Además, aquellas actividades orientadas a generar procesos integrales que incrementen la capacidad institucional y efectividad del Estado y de

¹⁷⁰ Ib.

¹⁷¹ Por la cual se reglamenta la profesión de Administrador Público y se deroga la Ley 5ª de 1991.

¹⁷² Demandas 4973-2016 y 4976-2016.

¹⁷³ Ib.

¹⁷⁴ Ib.

¹⁷⁵ Ib.

las organizaciones no estatales con responsabilidades públicas, en la dirección y manejo de los asuntos públicos».

De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 1006 de 2006,¹⁷⁶ el ejercicio de la profesión de Administrador Público está constituido por los siguientes campos de acción: (a) El desempeño de empleos para los cuales se requiere título profesional de Administrador Público de acuerdo en todo a lo dispuesto en la presente ley; (b) La realización de estudios y proyectos de asesoría y consultoría para cualquier organismo de los sectores público y privado en materias de carácter estatal y de manejo de asuntos públicos; (c) Diseño, dirección, ejecución de políticas, programas y proyectos propios del ámbito de lo público; (d) El ejercicio de la docencia y la investigación científica en materias relacionadas con la profesión en instituciones de educación o de investigación; y (e) Las demás relacionadas con el desarrollo científico, social, económico y político sean inherentes al ejercicio de la profesión.

Ahora bien, según el artículo 4º de la Ley 1006 de 2006,¹⁷⁷ para todos los efectos legales se consideran Administradores Públicos: (a) Quienes hayan adquirido o adquieran el título de Administrador Público expedido por la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, o por cualquier otra institución de Educación Superior reconocida por el Ministerio de Educación Nacional; (b) Quienes con anterioridad a la vigencia de la presente ley hayan obtenido el título de Licenciado en Ciencias Políticas y Administrativas, Administrador Público, Administrador Público Municipal y Regional, Administrador Público Territorial y quienes en el futuro obtengan este título profesional que reúna los requisitos de conformidad con la normatividad vigente para educación superior y que sea expedido por la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP; (c) Los nacionales o extranjeros con título de Administrador Público expedido por entidades de educación superior de países con los cuales Colombia tenga Tratados o Convenios de equivalencia de títulos universitarios, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el Gobierno Nacional para ese efecto.

Los artículos 5º y 6º de la Ley 1006 de 2006,¹⁷⁸ regulan el funcionamiento del «Colegio Colombiano del Administrador Público», y le asignan las siguientes funciones: (a) Actualizar, mantener y divulgar el Registro Único Nacional del Administrador Público que elabore por primera vez el Consejo Profesional del Administrador Público; (b) Ayudar al proceso de registro y trámite de la matrícula de los Administradores Públicos, en coordinación con el Consejo Profesional del Administrador Público en el Registro Único Nacional del Administrador Público; (c) Expedir las certificaciones y constancias a los profesionales inscritos en el Registro Único Nacional de Administradores Públicos y en especial la certificación de vigencia de la matrícula profesional; (d) Acreditar a las asociaciones gremiales de profesionales de la Administración Pública para la expedición de protocolos, manuales y guías de atención en la prestación de los servicios de su profesión y las

¹⁷⁶ Ib.

¹⁷⁷ Ib.

¹⁷⁸ Ib.

demás funciones que esta ley o su desarrollo les confieran. Estos protocolos, manuales y guías serán reconocidos por Acuerdos emanados por el Colegio; (e) Ejercer las funciones de Tribunal de Ética de los Administradores Públicos sin perjuicio de las acciones que deban adelantar los diferentes organismos judiciales y de control, de conformidad con lo estipulado en la normatividad vigente; (f) Estimular Sistemas de Seguridad Social para los Administradores Públicos; (g) Denunciar ante el Consejo Profesional del Administrador Público las violaciones comprobadas a las disposiciones legales que reglamenten el ejercicio de la profesión; (h) Auspiciar a las Asociaciones de Administradores Públicos, secundar sus programas en cuanto contribuyan a enaltecer y dignificar la profesión del Administrador Público y vigilar su funcionamiento; y (i) Dictar su propio reglamento y su organización interna respetando sus principios rectores.

Los artículos 7º y 8º de la Ley 1006 de 2006,¹⁷⁹ regulan lo relacionado con las sanciones y consecuencias de ejercer de manera ilegal la profesión de Administrador Público.

Para los efectos de esta providencia es importante destacar, que el artículo 9º de la Ley 1006 de 2006 señala,¹⁸⁰ que «para el ejercicio de empleos de carácter administrativo en las entidades del Estado en cualquiera de los niveles territoriales, se incluirá la profesión de Administrador Público en los manuales de funciones de dichas entidades como una de las profesiones requeridas para el ejercicio del cargo». (Subraya la Sala).

El artículo 10º de la Ley 1006 de 2006¹⁸¹ reglamenta el funcionamiento del Registro Único Nacional del Administrador Público que debe llevar el Consejo Profesional del Administrador Público.

Finalmente, los artículos 5º y 6º de la Ley 1006 de 2006,¹⁸² definen los deberes y prohibiciones de los profesionales de la Administración Pública, la tipología de las faltas disciplinarias por incurrir en las prohibiciones y faltar a los deberes, así como las respectivas sanciones, y el procedimiento disciplinario que se debe desarrollar para la imposición de las respectivas sanciones.

De conformidad con la revisión minuciosa de la Ley 1006 de 2006¹⁸³ anteriormente efectuada, y muy especialmente, a partir de lo normado en su artículo 9º, se tiene que para el ejercicio de empleos de carácter administrativo en las entidades del Estado en cualquiera de los niveles territoriales, se incluirá la profesión de Administrador Público en los manuales de funciones de dichas entidades como una de las profesiones requeridas para el ejercicio del cargo.

¹⁷⁹ Ib.

¹⁸⁰ Ib.

¹⁸¹ Ib.

¹⁸² Ib.

¹⁸³ Ib.

5.5.2.- Estudio del caso concreto

Procede entonces la Sala a revisar el contenido de la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, la cual, como ha sido expuesto, fue expedida con base en la Resolución 101 de 15 de abril de 2015, por la cual la SDH actualizó el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de su planta de personal.

Una simple revisión de la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, muestra que fueron ofertados numerosos empleos que contemplaron a los profesionales de la «administración pública» entre sus «requisitos de estudio». A manera de ejemplo, se resaltan los siguientes:

CÓDIGO OPEC	NIVEL JERÁRQUICO / DENOMINACIÓN / GRADO	DEPENDENCIA	PROPÓSITO DEL EMPLEO
212911	Profesional Especializado, grado 21	Oficina Asesora de Comunicaciones	Adelantar las actividades relacionadas con todos los procesos contractuales, de planeación y de calidad, así como proyectar las respuestas de los derechos de petición del área de comunicaciones de acuerdo con los procesos, la normativa y los lineamientos de la Oficina.
212753	Profesional Especializado, grado 30	Despacho del Director Distrital de Presupuesto	Adelantar la revisión técnica y jurídica de los documentos y requerimientos radicados en el Despacho de la Dirección Distrital de Presupuesto previo a la firma por parte del Director(a).
212759	Profesional Especializado, grado 27	Despacho del Subsecretario Técnico	Realizar actividades de seguimiento a la gestión técnica de las dependencias a cargo de la Subsecretaría, así como proponer y sustentar métodos, modelos y herramientas para su efectiva realización, apoyando el seguimiento a las relaciones con el Congreso de la Republica, el Concejo de Bogotá y demás organismos o entes externos, con criterios de eficiencia y eficacia y de acuerdo con la normativa vigente.
212762	Profesional Especializado, grado 27	Subdirección de Gestión de la Información Presupuestal	Realizar labores especializadas en la consolidación, procesamiento y generación de la información presupuestal de calidad, veraz y oportunamente de las entidades y organismos distritales que permita a la DDP programar, hacer seguimiento a la ejecución presupuestal, aplicar indicadores y proyectar la línea base de la política fiscal distrital por parte de la Secretaria Distrital de Hacienda, de acuerdo con el Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas del Distrito, requerimientos institucionales, plataforma estratégica de la entidad y la Normativa vigente.
212795	Profesional Especializado, grado 27	Oficina de Fiscalización Grandes	Realizar labores en asuntos relacionados con la formulación de acciones, estrategias de control y estudios que apoyen la gestión del

		Contribuyentes	proceso de fiscalización del segmento de grandes contribuyentes.
212805	Profesional Universitario, grado 18	Oficina de Control Interno	Apoyar participar y soportar los mecanismos de evaluación, seguimiento y fomento de la cultura del autocontrol en la entidad, contribuyendo al cumplimiento de los objetivos y metas institucionales y de acuerdo con la normativa vigente.

Igual ocurre con los empleos identificados en la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015 con los códigos 212760, 212761, 212789, 212790, 212791, 212797, 212806, 212808, 212816, 212817, 212819, 212820, 212831, 212847, 212848, 212849, 212850, 212851, 212852, 212853, 212854, 212855, 212856, 212872, 212874, 212875, 212876, 212877, 212878, 212879, 212880, 212891, 212892, 212893, 212894, 212895, 212896, 212897, 212898, 212899, 212900, 212902, 212904, 212906, 212913, 212915, 212918, 212919, 212920, 212921, 212922, 212923, 212924, 212925, 212926, 212927, 212928, 212929, 212931, 212933, 212935, 212936, 212937, 212938, 212939, 212940, 212943, 212944, 212945, 212946, 212947, 212948, 212949, 212952, 212954, 212955, 212956, 212957, 212958, 212963, 212964, 212974, 212976, 212977, 212978, 212979, 212984, 212985, 212987, 212988, 212989, 212990, 212991, 212992, 212993, 212994, 212996, 213025, 213030, 213032, 213037, 213042, 213057, 213058, 213060, 213061, 213062, 213065, 213068, 213069, 213070, 213071, 213072, 213073, 213075, 213076, 213077, 213078, 213079, 213080, 213081, 213082, 213083, 213084, 213087, 213088, 213089, 213090, 213091, 213092, 213100, 213101, 213102, 213106, 213107, 213111, 213112, 213122, 213124 y 213135, a los cuales, de acuerdo con la OPEC, bien podía aspirar un profesional de la «administración pública».

5.5.3.- Conclusión de la Sala

En conclusión, esta quinta censura o reparo formulada por la parte demandante, no prospera porque los requisitos de los empleos ofertados en la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, cuyas funciones están relacionadas con la gestión administrativa, permiten que sean desempeñados por «Administradores Públicos», de manera tal que no es cierto que en la OPEC se hubiese excluido a los profesionales de esa área del conocimiento del desempeño de los cargos ofertados que tienen atribuidas funciones de gestión administrativa. Por lo tanto, este cargo no prospera.

5.6.- ESTUDIO y RESOLUCIÓN DEL SEXTO PROBLEMA JURÍDICO

Finalmente, la parte demandante¹⁸⁴ argumenta, que la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, desconoce las leyes 594 de 2000¹⁸⁵ y 1409 de 2010¹⁸⁶

¹⁸⁴ Demandas radicadas con los números internos 5259-2016, 5267-2016 y 5268-2016.

¹⁸⁵ Por la cual se dicta la Ley General de Archivos.

¹⁸⁶ Por la cual se regula el ejercicio profesional de la Archivística y se dicta el Código de Ética de dicha profesión.

que regulan el oficio de la «archivística», porque supuestamente, dichas normas señalan que las funciones relacionadas con la gestión documental únicamente pueden ser desarrolladas por «Archivistas» de profesión. De acuerdo con los demandantes, contrario a ello, en la OPEC del concurso se deja por fuera la referida carrera, ya que, ninguno de los empleos ofertados, permite que los graduados en esa actividad los desempeñen.

Para efectos de resolver el anterior planteamiento, a continuación la Sala revisará las normas invocadas como vulneradas, para en segundo lugar, estudiar las reglas de la Convocatoria.

5.6.1.- Ley 594 de 2000, «por la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones».

La Ley 594 de 2000,¹⁸⁷ tal como lo señala su artículo 1º, establece las reglas y principios generales que regulan la función archivística del Estado. De acuerdo con su artículo 2º, se aplica de manera obligatoria «a la administración pública en sus diferentes niveles, [a] las entidades privadas que cumplen funciones públicas y [a] los demás organismos regulados» en sus disposiciones.

El artículo 3º de la referida ley, define de manera general los conceptos usualmente utilizados en este ámbito, tales como, «archivo», «archivo público», «archivo total», «documento de archivo», «función archivística», «gestión documental», «patrimonio documental», «tabla de retención documental», entre otros. Por su parte, el artículo 4º de la Ley 594 de 2000¹⁸⁸ señala, que los «principios generales» por los cuales se rige la «función archivística» son los siguientes: fines de los archivos, importancia de los archivos, institucionalidad e instrumentalidad, responsabilidad, dirección y coordinación de la función archivística, administración y acceso, racionalidad, modernización, función de los archivos, manejo y aprovechamiento de los archivos e interpretación.

El artículo 5º de la Ley 594 de 2000¹⁸⁹ crean el llamado «Sistema Nacional de Archivo» en cabeza del «Archivo General de la Nación», como «un conjunto de instituciones archivísticas articuladas entre sí, que posibilitan la homogenización y normalización de los procesos archivísticos, promueven el desarrollo de estos centros de información, la salvaguarda del patrimonio documental y el acceso de los ciudadanos a la información y a los documentos»; mientras que el artículo 6º establece las funciones, planes y programas a cargo del «Sistema Nacional de Archivo».

Los artículos 7º, 8º, 9º y 10º de la Ley 594 de 2000¹⁹⁰ establecen la categorización o clasificación de los archivos públicos a partir de tres criterios a saber: (i) en función de la «jurisdicción y competencia», los archivos públicos pueden ser: «Archivo General de la Nación», «Archivo General del Departamento», «Archivo General del Municipio» y «Archivo General del Distrito»;

¹⁸⁷ Por la cual se dicta la Ley General de Archivos.

¹⁸⁸ Ib.

¹⁸⁹ Ib.

¹⁹⁰ Ib.

(ii) desde el «punto de vista territorial», los archivos pueden ser: «Archivos de entidades del orden nacional», «Archivos de entidades del orden departamental», «Archivos de entidades del orden distrital», «Archivos de entidades del orden metropolitano», «Archivos de entidades del orden municipal», «Archivos de entidades del orden local», «Archivos de las nuevas entidades territoriales que se creen por ley» y «Archivos de los territorios indígenas»; y (iii) según «la organización del Estado», los archivos son: «Archivos de la Rama Ejecutiva», «Archivos de la Rama Legislativa», «Archivos de la Rama Judicial», «Archivos de los Órganos de Control» y «Archivos de los Organismos Autónomos».

Los artículos 11 a 20 de la Ley 594 de 2000¹⁹¹ regulan los aspectos generales, y algunos puntuales, relacionados con la «Administración de Archivos», tales como, la «obligatoriedad de la conformación de los archivos públicos» (artículo 11); la «responsabilidad» del Estado de «gestionar» y «administrar» los archivos públicos (artículo 12); la obligación de la administración pública de «garantizar los espacios y las instalaciones necesarias para el correcto funcionamiento de sus archivos» (artículo 13); la prohibición de «enajenar» los archivos oficiales, dada su naturaleza de «bienes de uso público» (artículo 14); la obligación de los funcionarios públicos de velar por la integridad, autenticidad, fidelidad, organización y conservación de los archivos públicos, así como el deber de entregar los que estén bajo su cuidado al momento de retirarse del servicio (artículos 15, 16 y 17); la obligación de las entidades de «capacitar y actualizar» a los funcionarios de archivo (artículo 18); la incorporación de «tecnologías de avanzada en la administración y conservación de sus archivos, empleando cualquier medio técnico, electrónico, informático, óptico o telemático» (artículo 19); y la obligación de las entidades públicas que se suprimen o fusionen de entregar sus archivos a las entidades que asuman sus funciones (artículo 20).

En sus artículos 21 a 26 y 46 a 49, la Ley 594 de 2000¹⁹² regula lo que tiene que ver con los procedimientos y conceptos fundamentales de la gestión documental y de los procesos archivísticos en general, resaltándose, entre otras, la obligación de «elaborar y adoptar las respectivas tablas de retención documental».

Los artículos 27 a 29 de la Ley 594 de 2000¹⁹³ regulan el derecho de acceso y consulta de los archivos públicos, así como sus restricciones, en virtud de la reserva legal y por razones de conservación para evitar su deterioro, cuando por ejemplo, se trate de archivos de valor histórico.

Los artículos 30 y 31 de la Ley 594 de 2000¹⁹⁴ establecen el procedimiento para autorizar la salida o el préstamo a terceros de los archivos públicos, obviamente, luego de que se adopten las medidas correspondientes para conservar su integridad.

¹⁹¹ Ib.

¹⁹² Ib.

¹⁹³ Ib.

¹⁹⁴ Ib.

Los artículos 32 a 35 de la Ley 594 de 2000¹⁹⁵ reglamentan las funciones de control y vigilancia a cargo del «*Archivo General de la Nación*» para efectos de, entre otras, «*de oficio o a solicitud de parte, adelantar en cualquier momento visitas de inspección a los archivos de las entidades del Estado*».

Los artículos 36 a 43 de la Ley 594 de 2000¹⁹⁶ regulan lo relacionado con organización, conservación y consulta de los archivos históricos privados y notariales de interés económico, social, técnico, científico y cultural; mientras que los artículos 44 y 45 reglamentan lo que tiene que ver con la donación, adquisición y expropiación de los archivos públicos en manos de personas particulares.

Finalmente, el artículo 50 de la Ley 594 de 2000¹⁹⁷ ordena al Gobierno Nacional a establecer premios y estímulos no tributarios, tales como, becas, concursos, publicaciones, pasantías, capacitación y distinciones honoríficas, para las personas o instituciones que con sus acciones y trabajos técnicos, culturales o científicos, contribuyan a la salvaguarda, difusión o incremento del patrimonio documental del país, así como a los autores de estudios históricos significativos para la historiografía nacional elaborados con base en fuentes primarias.

5.6.2.- Ley 1409 de 2010, «por la cual se reglamenta el ejercicio profesional de la Archivística y se dicta el Código de Ética y otras disposiciones».

La Ley 1409 de 2010¹⁹⁸ reglamenta el «*ejercicio profesional de la archivística*», entendida como «*el desempeño laboral de profesionales, con título legalmente expedido, en todo lo relacionado con el manejo de los archivos*» (artículo 1º). El artículo 2º de la referida ley señala que el «*campo de acción*» de esa profesión comprende: «*(a) La aplicación de los principios universales de procedencia y de orden natural en la organización tanto de los archivos públicos como privados, bajo el concepto de archivo total, que comprende procesos tales como la producción o recepción, la distribución, la consulta, la organización, la recuperación y la disposición final de los documentos, en sus distintos soportes; (b) La producción, identificación, organización, clasificación, descripción, selección, valoración, diagnóstico, conservación y custodia de documentos y, en general, todas las actividades que propenden por el desarrollo de la gestión documental; (c) La planeación, diseño, coordinación, control, administración, evaluación y gerencia técnica de los procesos archivísticos, en sus distintos soportes; (d) La docencia y la investigación científica en el área de archivística, que se complementa de manera interdisciplinaria con otras profesiones y disciplinas afines*».

En todo caso, el párrafo del artículo 2º de la ley en estudio, hace la salvedad de que «*las actividades que propendan por el desarrollo de la gestión documental se complementan de manera interdisciplinaria con las tareas de reprografía, microfilmación, digitalización, restauración, divulgación, administración e investigación que en el marco de la función archivística pueden realizar*

¹⁹⁵ Ib.

¹⁹⁶ Ib.

¹⁹⁷ Ib.

¹⁹⁸ Por la cual se reglamenta el ejercicio profesional de la Archivística y se dicta el Código de Ética y otras disposiciones.

profesionales y técnicos de otras disciplinas según su especialidad». (Subraya la Sala).

Por otra parte, en los artículos 3º a 6º de la Ley 1409 de 2010¹⁹⁹ se señala, que para ejercer legalmente la profesión de «Archivista», se requiere acreditar «su formación académica e idoneidad del correspondiente nivel de formación, mediante la presentación del título respectivo, el cumplimiento de las demás disposiciones de ley, la inscripción en el Registro Único Profesional de Archivistas y haber obtenido la Tarjeta Profesional expedida por el Colegio Colombiano de Archivistas». Por su parte, los artículos 7º a 9º regulan lo relacionado con las sanciones y consecuencias de ejercer de manera ilegal la profesión de archivista.

El artículo 10º de la Ley 1409 de 2010²⁰⁰ crea el «Colegio Colombiano de Archivistas», como un «entidad asociativa, que representará los intereses profesionales académicos y de responsabilidad deontológica de esta área de las ciencias sociales y humanísticas, conformado por un mayor número de afiliados activos de esta profesión, con estructura interna y funcionamiento democrático, plural y equitativo, que funcionará con su propio peculio» y le asigna las tareas de «inspección y vigilancia en el ejercicio profesional de la Archivística».

El artículo 11 de la Ley 1409 de 2010²⁰¹ señala, que los principios generales del «Código de Ética» para el ejercicio de la profesión de Archivística se concretan en que el Archivista: «(i) protegerá la integridad de los bienes documentales que custodian, para que constituyan fiel testimonio del pasado; (ii) valorará, seleccionará y conservará el material de archivo en su contexto histórico, legal, administrativo y documental, manteniendo el principio de procedencia de los documentos de archivo; (iii) evitará la realización de intervenciones que puedan afectar la autenticidad de los documentos; (iv) garantizará el continuo acceso y la legitimidad de los documentos; (v) registrará y justificará plenamente las acciones realizadas sobre el material que tuvieren a su cargo; (vi) promoverá el mayor acceso posible a los documentos y ofrecerá sus servicios a todos los usuarios de manera imparcial; (vii) respetará tanto el acceso público como la privacidad de la documentación dentro del marco de la legislación vigente; (viii) no deberá de utilizar en beneficio propio o de terceros su posición especial y la confianza que la comunidad ha depositado en él; (ix) se esforzará por alcanzar la excelencia profesional mediante el enriquecimiento sistemático y continuo de sus conocimientos y la difusión de los resultados de sus investigaciones y experiencias; y (x) trabajará conjuntamente con sus colegas, así como con profesionales de otras disciplinas para promover la conservación y la utilización de la herencia documental del mundo».

Los artículos 12 a 19 de la Ley 1409 de 2010²⁰² definen los deberes y prohibiciones de los profesionales de la Archivística; los artículos 26 a 38 establecen la tipología de las faltas disciplinarias por incurrir en las prohibiciones y faltar a los deberes, así como las respectivas sanciones; y los artículos 39 a 52 establecen el procedimiento disciplinario que se debe desarrollar para la imposición de las respectivas sanciones.

¹⁹⁹ Ib.

²⁰⁰ Ib.

²⁰¹ Ib.

²⁰² Ib.

Finalmente, la Sala resalta que en los artículos 20 a 25 de la Ley 1409 de 2010²⁰³ se regula la creación, integración y funcionamiento del Tribunal Ético de Archivística a nivel nacional y de los Tribunales Éticos de Archivística a nivel regional.

5.6.3.- Las funciones relacionadas con la gestión documental y con el proceso de archivo en general, pueden ser desarrolladas por «Archivistas» y por profesionales y técnicos de otras disciplinas

La revisión minuciosa de las leyes 594 de 2000²⁰⁴ y 1409 de 2010²⁰⁵ muestra a la Sala, que en ninguna de sus disposiciones se establece que las funciones relacionadas con la gestión documental solo puedan ser desarrolladas por «Archivistas» de profesión, como se asegura en las demandas 5259-2016, 5267-2016 y 5268-2016; contrario a ello, el párrafo del artículo 2º de la Ley 1409 de 2010²⁰⁶ señala que las funciones relacionadas con el proceso de archivo en general, pueden ser desempeñadas por «Archivistas» y por profesionales y técnicos de otras disciplinas.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-239 de 2010,²⁰⁷ cuando revisó la constitucionalidad del proyecto de ley «036 de 2007 Cámara / 225 de 2007» Senado, que posteriormente se convirtió en la Ley 1409 de 2010,²⁰⁸ señaló que si bien la referida ley reglamenta el «ejercicio profesional de la archivística», el legislador no dispuso que otros profesionales no pueden ejercer actividades de gestión documental o de archivo:

«... en los artículos dedicados a definir los requisitos para el ejercicio de la archivística (artículos 3, 4 y 5), el legislador no ha desbordado sus competencias constitucionales, pues en ellos simplemente establece los requisitos para el ejercicio de esta actividad lo cual, dadas las características de impacto social y de complejidad que la caracterizan, entra dentro de la órbita de sus competencias expresas, contenidas en el artículo 26 de la Carta. Por lo demás, estos artículos, en sí mismos, no están directamente excluyendo a otros profesionales del ejercicio de actividades archivísticas. Se limitan a regular la pertenencia a la profesión archivística».

Así las cosas, la primera premisa sobre la cual se estructura la última inconformidad de los demandantes no prospera, pues, como quedó expuesto, el párrafo del artículo 2º de la Ley 1409 de 2010²⁰⁹ señala de manera clara y expresa, que las funciones relacionadas con el proceso de archivo en general, pueden ser desarrolladas por «Archivistas» y por profesionales y técnicos de otras disciplinas.

²⁰³ Ib.

²⁰⁴ Por la cual se dicta la Ley General de Archivos.

²⁰⁵ Por la cual se regula el ejercicio profesional de la Archivística y se dicta el Código de Ética de dicha profesión.

²⁰⁶ Ib.

²⁰⁷ Con ponencia del Magistrado Mauricio Gonzales Cuervo.

²⁰⁸ Por la cual se regula el ejercicio profesional de la Archivística y se dicta el Código de Ética de dicha profesión.

²⁰⁹ Ib.

5.6.4.- Varios de los empleos ofertados en la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015, incluyen a los «Archivistas» dentro del abanico de profesionales que pueden desempeñarlos.

Recuerda la Sala, que para fundamentar la vulneración a las leyes 594 de 2000²¹⁰ y 1409 de 2010,²¹¹ los demandantes sostuvieron en segundo lugar, que en la OPEC del concurso se dejó por fuera la carrera «Archivista», ya que, ninguno de los empleos ofertados, permite que los graduados en esa actividad los desempeñen.

Para resolver esta inconformidad la Sala se dio a la tarea de revisar en detalle la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, encontrando, que contrario a lo afirmado por los demandantes, los empleos ofrecidos a los concursantes, cuyas funciones están relacionadas con la gestión documental, o el proceso de archivo, se permite que sean desempeñados por «Archivistas» o por quienes tengan profesiones afines. Así ocurre, por ejemplo, con los siguientes empleos:

CÓDIGO OPEC	NIVEL JERÁRQUICO / DENOMINACIÓN / GRADO	DEPENDENCIA	PROPÓSITO DEL EMPLEO
212996	Profesional Especializado, Grado 21	Subdirección de Gestión Documental	Ejecutar labores especializadas de los procesos de correspondencia manteniendo actualizado el SGC del proceso, de manera que permita la continuidad del servicio, herramientas, contratos y niveles de cumplimiento establecidos en la SDH.
212895	Profesional Universitario, Grado 18	Oficina de Notificaciones y Documentación Fiscal	Ejecutar labores relacionadas con la generación y consolidación de reportes e informes, proyección de respuestas a derechos de petición y el seguimiento a la documentación del sistema de gestión de calidad y la administración de riesgos.
212944	Profesional Especializado, Grado 21	Oficina de Notificaciones y Documentación Fiscal	Ejecutar acciones propias de los procesos de notificación y gestión documental, en asuntos relacionados con la formulación de acciones, estrategias de control y estudios que apoyen la gestión del proceso.
213106	Profesional Universitario, Grado 1	Subdirección de Proyectos Especiales	Administrar el archivo documental de las entidades liquidadas asignadas a la Subdirección.

Igual ocurre con los empleos identificados en la OPEC con los códigos 213042, 213072, 213073, 213078 y 213101, a los cuales, de acuerdo con la OPEC, bien podía aspirar un profesional de la «archivística».

²¹⁰ Por la cual se dicta la Ley General de Archivos.

²¹¹ Por la cual se regula el ejercicio profesional de la Archivística y se dicta el Código de Ética de dicha profesión.

5.6.5.- Conclusión de la Sala

En conclusión, esta última censura o reparo formulada por la parte demandante, no prospera porque (i) no es cierto que las leyes 594 de 2000²¹² y 1409 de 2010²¹³ establezcan que las funciones relacionadas con la gestión documental solo puedan ser desarrolladas por «Archivistas» de profesión, pues, contrario a ello, el párrafo del artículo 2º de la Ley 1409 de 2010²¹⁴ señala, que las funciones relacionadas con el proceso de archivo en general, pueden ser desempeñadas por «Archivistas» y por profesionales y técnicos de otras disciplinas; y (ii) los requisitos de los empleos ofertados en la OPEC de la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, cuyas funciones están relacionadas con la gestión documental, o el proceso de archivo, permiten que sean desempeñados por «Archivistas» o por quienes tengan profesiones afines. Por consiguiente este cargo no prospera.

5.7.- EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LOS APARTADOS DEL ACUERDO 542 DE 2015,²¹⁵ QUE SE REFIEREN AL CARÁCTER ELIMINATORIO DE LA PRUEBA DE ENTREVISTA

En atención a que en la contestación a la demanda y en los alegatos finales, la parte demandada y sus coadyuvantes señalan, que a la luz de las normas que se anulan en esta providencia, se han consolidado innumerables situaciones de carácter particular, y que inclusive, aún están en trámite algunas, es del caso precisar lo relacionado con los efectos de la presente sentencia.

5.7.1.- Efectos de las sentencias que decretan la nulidad de actos administrativos generales

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 de perder su presunción de legalidad, eventualmente un acto administrativo ha producido consecuencias en el mundo jurídico, porque, entre otras, 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

²¹² Por la cual se dicta la Ley General de Archivos

²¹³ Por la cual se regula el ejercicio profesional de la Archivística y se dicta el Código de Ética de dicha profesión.

²¹⁴ Ib.

²¹⁵ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría Distrital de Hacienda, Convocatoria N° 328 de 2015 SDH.

los efectos de la decisión pueden retrotraerse hasta el momento de expedición del acto, o sea, «ex tunc».

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 1913²¹⁶ y 167 de 1941²¹⁷ y Decreto Ley 01 de 1984,²¹⁸ no encuentra la Sala norma alguna que regule los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad.

Ahora bien, en el marco de la Ley 1437 de 2011, los efectos de las sentencias están regulados de manera general en el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011,²¹⁹ de la siguiente manera:

«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.

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso; cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

²¹⁶ Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
²¹⁷ Sobre la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
²¹⁸ Código Contencioso Administrativo.
²¹⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición.» (Subraya la Sala).

Así las cosas, es claro que la norma en comento no hace referencia a las consecuencias en el tiempo que pueda llegar a tener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, y sólo se refiere a este aspecto en el inciso 3º, en lo que tiene que ver con las providencias judiciales proferidas en el marco del medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad, el cual encarna un verdadero juicio de constitucionalidad.

Para llenar el vacío legal descrito, el Consejo de Estado ha venido construyendo desde 1915, a través de su jurisprudencia, básicamente, 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*».

5.7.2.- 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 las 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*».²²⁰

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.

²²⁰ «*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 (1º 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».*

1274

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.

5.7.3.- 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 Corporación²²¹ se han apartado del mencionado criterio, con el 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 inexecutable 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 respeto 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 y la Administración, 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

²²¹ 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: María 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 Romero. Demandado: Departamento de Cundinamarca, Beneficencia de Cundinamarca y Ministerio de Hacienda.; 3) Sección Cuarta. Consejera ponente: María 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: María 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.

la decisión judicial pueda tener en los diferentes ámbitos de la vida nacional o local, como por ejemplo, la estabilidad institucional²²² y económica,²²³ (ii) La naturaleza y contenido del acto administrativo anulado; (iii) La razón, vicio o causal por el cual fue anulado; y (iv) La existencia comprobada de situaciones jurídicas consolidadas,²²⁴ etc.

²²² 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 consecucionaliza 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.*»

²²³ 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.

²²⁴ 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

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.²²⁵

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 inexecutable 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

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”*.

²²⁵ 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 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»*.

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.

5.7.4.- Conclusiones de la Sala

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 que declaran o decretan la nulidad de actos administrativos generales, 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 sentencia a la luz de la Constitución. Por ello, en la jurisprudencia del Consejo de Estado actualmente se mantienen vigentes dos posturas generales respecto de los efectos de las sentencias que declaran o decretan la nulidad de actos administrativos generales, 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 Consejo 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.

5.7.5.- Efectos de la presente sentencia

En la contestación a la demanda y en los alegatos finales, la parte demandada y sus coadyuvantes, señalan que a la luz de las normas que se anulan en esta providencia, se han consolidado innumerables situaciones de carácter particular. 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, y que además, existen derechos

adquiridos por parte de aquellos que ya fueron llamados para la provisión de las vacantes ofertadas, así como de quienes han sido designados en periodo de prueba o en propiedad.

Por lo tanto, los efectos de la presente sentencia, en virtud del 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 o concursantes que se encuentran en esas circunstancias.

De otro lado, en el caso que queden cargos ofertados por proveer, éstos no podrán cubrirse con fundamento en las disposiciones cuya nulidad se declara en esta providencia. Por lo tanto, los efectos de esta sentencia serán «*ex tunc*», o sea, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 542 de 2015, respecto de quienes concursaron para las vacantes que aún no tienen listas de elegibles, caso en el cual, la prueba de entrevista con análisis de estrés de voz, no podrá tener carácter eliminatorio.

5.8.- CONSIDERACIÓN FINAL.

Por último, en atención a que las providencias que decretaron las medidas cautelares formuladas por la parte demandante, fueron objeto del recurso de súplica, el cual aún no ha sido resuelto por el Despacho que sustancia el proceso de la referencia, la Sala trae a colación los artículos 229 y 230 de la Ley 1437 de 2011 que señalan, entre otras, que el objeto de las medidas cautelares es garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

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, que no es necesario pronunciarse respecto del recurso de súplica que se surte contra las referidas providencias que decretaron las medidas cautelares.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Se **DECLARA** la nulidad parcial del artículo 31 del Acuerdo 542 de 2015,²²⁶ en la parte que se refiere al carácter eliminatorio de la mencionada prueba de «*entrevista con análisis de estrés de voz*». A

²²⁶ Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría Distrital de Hacienda, Convocatoria N° 328 de 2015 SDH.

continuación se transcribe el artículo 31 del Acuerdo 542 de 2015,²²⁷ subrayándose el segmento que se anula:

«Artículo 31. Pruebas a aplicar, carácter y ponderación. De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad evaluar la capacidad, idoneidad y adecuación del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto de las competencias y calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un empleo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente establecidos. Para el desarrollo del presente proceso de selección, las pruebas a aplicar para los empleos de los diferentes niveles, se regirán por los siguientes parámetros. (...)

• **Grupo I. Nivel Profesional y Técnico**

PRUEBAS	GRUPO I		
	CARÁCTER	PONDERACIÓN	MÍNIMO APROBATORIO
Competencias Básicas y funcionales	Eliminatoria	50%	65/100
Competencias comportamentales	Clasificatoria	20%	N/A
<u>Entrevista</u>	<u>Eliminatoria</u>	<u>15%</u>	<u>70/100</u>
Valoración de antecedentes	Clasificatoria	15%	N/A
TOTAL		100%	

• **Grupo II. Nivel Profesional (Profesional Universitario Grados 01 y 05). "Ley del Primer Empleo"**

PRUEBAS	GRUPO I		
	CARÁCTER	PONDERACIÓN	MÍNIMO APROBATORIO
Competencias Básicas y funcionales	Eliminatoria	55%	65/100
Competencias comportamentales	Clasificatoria	25%	N/A
<u>Entrevista</u>	<u>Eliminatoria</u>	<u>15%</u>	<u>70/100</u>
Valoración de antecedentes	Clasificatoria	5%	N/A
TOTAL		100%	

²²⁷ Ib.

(...))»

SEGUNDO.- Se **DECLARA** la nulidad parcial del artículo 40 del Acuerdo 542 de 2015,²²⁸ en la parte que se refiere al carácter eliminatorio de la mencionada prueba de «entrevista con análisis de estrés de voz». A continuación se transcribe el artículo 40 del Acuerdo 542 de 2015,²²⁹ subrayándose el segmento que se anula:

«Artículo 40. Prueba de entrevista. La entrevista es un instrumento que permite conocer, analizar y valorar información importante de los candidatos. En este proceso se evidencian aspectos relacionados con la conducta, personalidad, aptitudes, principios, ética, valores, intereses y motivaciones y competencias requeridas para un determinado puesto de trabajo, empleando para ello herramientas que aporten información relevante del candidato a fin de prever la adaptación del mismo tanto al puesto de trabajo como a la entidad. Por consiguiente, dicha prueba estará apoyada por la aplicación de la prueba de análisis de estrés de voz, que se realizara previo a la entrevista y los resultados se proveerán como insumo para los jurados en el momento de la realización de la misma.

La prueba de entrevista (apoyada con análisis de estrés de voz) tiene carácter eliminatorio y será aplicada a los aspirantes de los grupos I y II que hayan superado la etapa de verificación de requisitos mínimos y las pruebas de competencias básicas y funcionales.

La prueba de entrevista se calificará numéricamente en escala de 0 a 100 puntos, con una parte entera y 2 decimales y será ponderada como se describe a continuación:

El aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista menor que 70 puntos, quedará eliminado y no podrá continuar en el proceso de selección. Por el contrario, el aspirante que obtenga una calificación en la prueba de entrevista mayor o igual a setenta puntos, podrá continuar en el concurso y su resultado será ponderado con un porcentaje de 15%, conforme a lo establecido al artículo 31° de presente acuerdo. (...))»

TERCERO.- Se **DECLARA** la nulidad parcial del artículo 44 del Acuerdo 542 de 2015,²³⁰ en la parte que se refiere al carácter eliminatorio de la mencionada prueba «entrevista con análisis de estrés de voz». A continuación se transcribe el artículo 44 del Acuerdo 542 de 2015,²³¹ subrayándose en el texto, el segmento que se anula:

«Artículo 44. Resultados finales de la prueba de entrevista para los Grupos I y II. Las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivo de esta prueba, se publicaran en la página Web www.cnsc.gov.co en el link "Convocatoria No. 328 de 2015 – SDH" y en la del ICFES o la universidad, institución universitaria, o institución de educación superior contratada. Para conocer las respuestas a las reclamaciones y resultados definitivos de esta prueba, los aspirantes deben ingresar con el PIN y con el número del documento de identidad.

Parágrafo. Los aspirantes que no hayan superado la prueba de entrevista con el apoyo de la prueba de análisis de estrés de voz, no continuarán en el

²²⁸ Ib.

²²⁹ Ib.

²³⁰ Ib.

²³¹ Ib.

proceso de selección, por tratarse de una prueba de carácter eliminatorio y; por tanto, serán excluidos del concurso».

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

- ⇒ «*Ex nunc*», es decir, hacia futuro, respecto de los nombramientos que ya fueron efectuados, toda vez que no se pueden afectar los derechos adquiridos de los concursantes que a la fecha fueron designados en periodo de prueba o en propiedad, y adquirieron sus derechos de carrera administrativa.
- ⇒ «*Ex tunc*», o sea, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 542 de 2015, respecto de quienes concursaron para las vacantes que aún no tienen listas de elegibles, caso en el cual, la prueba de entrevista con análisis de estrés de voz, no podrá tener carácter eliminatorio.

QUINTO.- Se exhorta a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), para que en el futuro se abstenga de establecer en las reglas o bases de las convocatorias a concurso público de méritos, para el ingreso a la Función Pública, pruebas de confianza, como la de «*entrevista con análisis de estrés de voz*», con carácter eliminatorio.

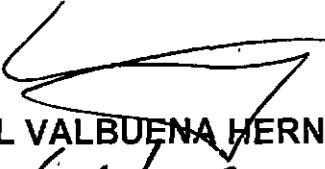
SEXTO.- DENEGAR las demás pretensiones contenidas en las demandas de Nulidad acumuladas en este proceso.

SÉPTIMO.- Por sustracción de materia o carencia de objeto, la Corporación no se pronunciará respecto del recurso de súplica interpuesto contra las providencias que en este proceso, decretaron las medidas cautelares.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

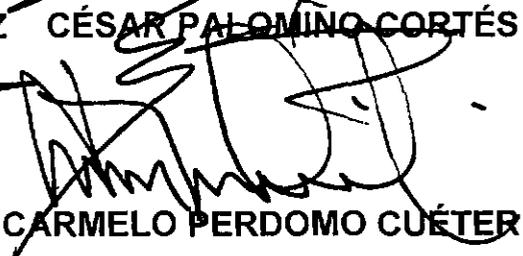
La anterior providencia fue estudiada y aprobada por el Pleno de la Sección Segunda, en sesión de la fecha, por los Consejeros:


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS