



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C. diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad.

Radicación: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

Demandado: Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores-
Unidad Administrativa Especial Migración
Colombia - Comisión Nacional del Servicio Civil.

Temas: Competencia de la CNSC para la convocatoria a concursos públicos de méritos y sus funciones frente al sistema de carrera de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia – Modificación de cargos ofertados. Ley 1437 de 2011.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA



I. ASUNTO

1. La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹, decide en única instancia, la demanda promovida por la señora Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros² en ejercicio del medio de control de nulidad del epígrafe.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda³

2. La señora Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros⁴, actuando a través de apoderado judicial, interpusieron demanda en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, en donde se pretende la nulidad de los Acuerdos (i) 548 de 13 de agosto de 2015, (ii) 552 de 3 de septiembre de 2015, (iii) 556 de 11 de septiembre de 2015 y (iv) 201600000096 de 31

¹ Ordinal 1.º del artículo 237 de la Constitución Política.

² Relacionados en el auto admisorio visible a folios 474 y s.s. del cuaderno principal.

³ Ff. 422-444

⁴ Relacionados en el auto admisorio visible a folios 274 y s.s.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

de mayo de 2016, proferidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por medio de los cuales se convocó 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 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia -UAEMC – Convocatoria 331 de 2015.

3. Mediante escrito separado, se solicitó la suspensión provisional de los efectos de los acuerdos acusados.

2.2. Normas acusadas

4. En la demanda se pretende, la nulidad de los siguientes Acuerdos proferidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil por medio de los cuales se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia -UAEMC – Convocatoria 331 de 2015:

- **Acuerdo 548 del 13 de agosto de 2015** «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 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia UAEMC, Convocatoria No. 331 de 2015 - Migración Colombia.».
- **Acuerdo 552 del 3 de septiembre de 2015** «Por el cual se modifican los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo No. 548 del 13 de agosto de 2015, a través del cual se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia UAEMC, Convocatoria No. 331 de 2015 - Migración Colombia.».
- **Acuerdo 556 del 11 de septiembre de 2015** «Por el cual se modifica y adiciona el Acuerdo No. 552 del 03 de septiembre de 2015, a través del cual se modificaron los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo No. 548 del 13 de agosto de 2015.».
- **Acuerdo 2016100000096 del 31 de mayo de 2016** «Por el cual se modifica el Acuerdo No. 556 del 11 de septiembre de 2015, a través del cual se modificó y adicionó el Acuerdo No 552 de 2015, que modificó los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo No. 548 del 13 de agosto de 2015.».





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

2.3. Hechos

5. Se indicó en la demanda que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC, en aplicación del artículo 125 constitucional, convocó a concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera pertenecientes a la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

6. Según la demanda, las directrices y ofertas del concurso de méritos constituyen las reglas sobre las cuales los ciudadanos deciden participar en el mismo y, que en ese sentido el núcleo esencial para aspirar a ocupar un cargo público de carrera administrativa es la expectativa de las vacantes ofertadas.

7. En virtud de lo anterior, el Acuerdo 548 de 13 de agosto de 2015, capítulo II, estableció que serían 561 los cargos ofertados para proveer a través del citado concurso de méritos, pero mediante el Acuerdo 552 de 3 de septiembre de 2015 se modificó el acto inicial, y se disminuyeron los cargos ofertados a 560 porque se reintegró a un funcionario al cargo de agente de seguridad.

8. Luego, por Acuerdo 556 de 11 de septiembre de 2015 se modificó nuevamente la lista de empleos a proveer comoquiera que se reintegró a otro exfuncionario, por lo cual la oferta se redujo a 559 y a través del Acuerdo 201600000096 se resolvió retirar de la oferta pública a 14 cargos, en cumplimiento de una orden judicial, por lo que el número de cargos se redujo a 546.

9. A partir de lo anterior se presentaron traumatismos en el desarrollo de la convocatoria, debido a la deficiente planeación con que se estructuró el concurso de méritos, pues en la guía de orientación para la inscripción expedida por la CNSC se indicó que los interesados debían consultar el cargo ofertado al cual se iba a concursar. Por tanto, se vieron afectados comoquiera que se modificaron las reglas sobre las cuales los aspirantes decidieron pagar un PIN y posteriormente realizar la inscripción al proceso.

10. Varios concursantes manifestaron su inconformidad con las preguntas que se les formularon dado que desbordaron los ejes temáticos establecidos para los cargos por la CNSC, como en los casos de Nancy Alieth Rojas Benítez, Norma Patricia Sánchez Cubides y Daniel Francisco Garnica.

11. De igual manera no debieron ofertarse los cargos de los ex funcionarios del DAS que fueron vinculados a la UAEMC, ni tampoco se tuvieron en cuenta las situaciones de personas en





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

situación de estabilidad laboral reforzada tales como los prepensionados, específicamente la señora Myriam Martínez Ramírez y de madres cabeza de familia como Teresa Cortés Angulo.

12. Así mismo, se impidió la revisión exhaustiva y detallada de las pruebas y resultados obtenidos, lo que imposibilitó a los concursantes ejercer de manera adecuada sus derechos de defensa y contradicción, como el caso de Martha Isabel Rodríguez Amaya quien obtuvo una calificación de 93.66 y al efectuar una segunda revisión obtuvo una calificación de 47.19 y Fernando Enrique Bernal Romero, quien puso en conocimiento «[...] presuntas irregularidades de seguridad y custodia de las pruebas el día del examen, tales como el manejo y restricción de equipos celulares, inconsistencias en las indicaciones de respuesta dadas en el cuadernillo de preguntas y otras en el de respuestas, entre otras».

13. Finalmente se indicó que se adjuntaba la denuncia radicada ante la Fiscalía General de la Nación por parte de algunos concursantes, donde manifestaron, que funcionarios activos de la UAEMC presuntamente participaron en la elaboración de las preguntas formuladas por la Universidad de la Sabana, lo cual no solo constituiría posibles infracciones penales, sino que iba en desmedro de las garantías constitucionales y legales de los aspirantes a ocupar un cargo público de carrera administrativa.



2.4. Normas violadas y concepto de violación

14. Al respecto, la parte accionante indicó que los actos demandados incurrieron en el desconocimiento de los artículos 25, 29, 31, 48 de la Constitución Política, 1.º de la Ley 1437 de 2011, el Decreto 4057 de 2011 y las Leyes 790 de 2002, 1437 de 2011 y 1444 de 2011.

15. Como sustento de lo anterior argumentó lo siguiente:

i). Los acuerdos demandados vulneraron el principio de confianza legítima y debido proceso administrativo de quienes se presentaron al concurso, porque una vez se conoció el Acuerdo 548 del 13 de agosto de 2015, en el cual se ofertaron 561 cargos, después de varias modificaciones se dejaron solamente 546 plazas. Por tanto, quienes se inscribieron y pretendieron concursar por los cargos suprimidos de la convocatoria, vieron cómo sus intereses y expectativas laborales desaparecieron.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

16. Se indicó que no solo se transgrede el principio de la confianza legítima sino también el derecho al debido proceso, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencias T- 147-2013 y T- 051 de 2016, donde precisó que la convocatoria es la norma reguladora de los concursos y obliga a la administración, pues contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse a realizar las etapas propias del concurso y respetar el debido proceso.

17. Además, la responsabilidad en el reingreso de funcionarios en la planta de personal en el UAEMC no puede ser asumida por los concursantes quienes se inscribieron a los cargos ofertados inicialmente.

ii). Vulneración del principio de congruencia, teniendo en cuenta que el contenido de las preguntas formuladas en la prueba de competencias básicas y funcionales, no tuvieron relación con los ejes temáticos establecidos para la evaluación, ni con los cargos sobre los cuales se hizo la oferta pública.

18. Explicó que para el cargo de profesional especializado grado 15, número de empleo CNSC 214018, código 2028, se les preguntó ¿de quién es agente el gerente o presidente de las empresas industriales o comerciales del Estado?, pero dicho tema no se encuentra en los ejes temáticos dados en la cartilla de la CNSC, con lo cual se rompió el principio de congruencia y se afectó quienes que se prepararon sobre temas específicos dados por la CNSC.



19. Igualmente, para el caso del cargo de profesional universitario grado 08-2044 de la Subdirección de Talento Humano – grupo de nómina, a los participantes se les inquirió sobre el mecanismo de protección al cesante en Colombia, establecido en la Ley 1636 de 2013, y en lo referente al cargo de profesional universitario 08, CNSC212297, código 2044, se les realizó una pregunta con referencia a un diagrama, pero éste no existía en el cuadernillo.

iii). Los acuerdos desconocieron la protección laboral reforzada que se predica de los ex funcionarios del DAS que fueron vinculados a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y que están próximos a pensionarse o en cualquiera de los casos establecidos como retén social.

20. Según lo explicó, los acuerdos entran en contradicción con el Decreto 4057 de 2011 por el cual se suprimió el DAS y la Ley 790



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

de 2002 por cuanto no se realizó un estudio de cuántos exfuncionarios del DAS que ocupaban cargos en la UAEMC estaban próximos a pensionarse, y sus cargos fueron ofertados, poniendo en riesgo su derecho a la estabilidad laboral y al acceso a la seguridad social.

iv). Vulneración al derecho de defensa y contradicción de quienes solicitaron revisión y análisis de las preguntas formuladas y las respuestas dadas en el desarrollo de las pruebas.

21. Al efecto explicó que en desarrollo del concurso abierto de méritos convocatoria 331 de 2015 se vulneraron los derechos fundamentales de defensa y contradicción que quienes participaron en el mismo toda vez que a pesar de haberseles dado la oportunidad de impugnar los resultados y decisiones adoptadas por la CNSC se estableció como requisito el de solicitar un cita y en un lapso de 2 horas debían efectuar la revisión de las preguntas y respuestas para que pudieran elevar las correspondientes reclamaciones, tiempo que resultaba insuficiente para ejercer el derecho de defensa para contradecir las decisiones y valoraciones del CNSC, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C - 025-2009.

v). Presuntas irregularidades técnicas en el proceso de evaluación y publicación de resultados, así como inconsistencias en el control y vigilancia de las pruebas.

22. Al respecto se refirió a los casos de Martha Isabel Rodríguez Amaya y Fernando Enrique Bernal Romero, ya aludidos, de quienes dijo, se generó inconformismo, desconfianza inseguridad en el manejo de la información confiada y vulneración de los derechos al debido proceso y a la defensa y el principio de la confianza legítima.

2.4. Contestación de la demanda

2.4.1. Ministerio de Relaciones Exteriores⁵.

23. El apoderado de esta entidad se opuso a las pretensiones de la demanda, al indicar que los actos administrativos no fueron expedidos por esa cartera sino por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la cual a la luz del Decreto 4062 de 2011 cuenta con patrimonio autónomo y personería jurídica. Propuso la excepción previa de falta de legitimidad en la causa por pasiva de hecho y las de fondo que denominó ausencia de

⁵ Folios 498 y s.s. cuaderno principal.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

responsabilidad del Ministerio de Relaciones Exteriores y «falta de legitimidad en la causa por pasiva material».

1.2.2 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia – UAEMC⁶.

24. El apoderado de la UAEMC se opuso a la prosperidad de la demanda, al señalar que ninguno de los cargos que se imputan a los actos administrativos cuestionados devienen de los mismos. Además, fueron expedidos dentro de la órbita de competencia de la entidad, con el lleno de los requisitos legales y con la observación de los derechos fundamentales al debido proceso y confianza legítima de los convocados al concurso de méritos. Adicionalmente la UAEMC no fue quien dictó los actos acusados, por lo que carece de legitimidad por pasiva para intervenir en el asunto.

25. Frente al primer cargo indicó que no se vulneró la confianza legítima de quienes hubieren participado en la convocatoria por cuanto las modificaciones se efectuaron con anterioridad al concurso, por lo que quienes finalmente se inscribieron y participaron en la convocatoria tuvieron conocimiento de la cantidad de los cargos ofertados.

26. Adicionalmente los participantes también tuvieron conocimiento de las variaciones en el número de cargos dado que los actos demandados son de contenido general, dirigidos al público y fueron debidamente publicados y finalmente el concurso se desarrolló sobre los cargos que efectivamente estaban vacantes. Al contrario, hubiese sido cuestionable efectuar el concurso sobre cargos que no se encontraban vacantes.

27. Frente a las demás causales de anulación señaló que no corresponden a defectos de los actos administrativos cuestionados, sino que su fundamento se relaciona de manera directa con el desarrollo posterior de la convocatoria pues se refieren al modelo de las preguntas, su calificación y las impugnaciones de los interesados. Además, se dirigen a casos puntuales por lo que se debió interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

28. Propuso las excepciones de «falta de legitimidad en la causa por pasiva», «inexistencia de las causales de nulidad alegadas»; «improcedencia de la acción de nulidad frente a los cargos 2, 3, 4,



⁶ Folios 507 y s.s.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

5 relacionados en la demanda» e «inexistencia de vicio alguno en la expedición de los actos cuestionados».

1.2.3 Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC⁷.

29. La apoderada de la CNSC se opuso a las pretensiones de la demanda con base en que carecen de fundamento legal y respaldo probatorio.

30. Al efecto manifestó que esa entidad, a solicitud de la UAEMC, adelantó el concurso público de méritos para proveer 561 cargos vacantes de la planta de personal, dentro de la convocatoria 331 de 2015, regulada en el Acuerdo 548 de 13 de agosto de 2015.

31. El mencionado acuerdo fue objeto de modificación con ocasión de incorporaciones realizadas por la UAEMC, en atención a instrucciones impartidas por la Presidencia de la República y en cumplimiento de la sentencia de 3 de agosto de 2015, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el proceso radicado 2500-23-37-000-201400759-02, así como las solicitudes de reincorporación realizadas por funcionarios proveniente del extinto DAS. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que las órdenes judiciales eran de obligatorio cumplimiento y por eso se efectuaron las modificaciones a la convocatoria.

32. Por esto, se solicitó la modificación de la oferta pública en los empleos de carrera dadas las incorporaciones presentadas que impactaron el número de vacantes definitivas de la OPEC de la convocatoria 331-2015.

33. A partir de lo anterior manifestó que la UAEMC fue una de las entidades a las que, por ley, se le trasladaron las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros que en su momento tenía el DAS, razón por la cual en su planta de personal se encontraban varios empleos que resultaban iguales o equivalentes a los empleos del suprimido DAS. Además, de acuerdo con el numeral 3.º del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015 sobre el orden de provisión definitiva de los empleos de carrera, señaló que se hará teniendo en cuenta un orden, en cuyo literal c) enlistó a las personas de carrera administrativa a quienes se les haya suprimido el cargo y que hubieren optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes; por tanto, dentro del orden de provisión la reincorporación de un funcionario con derechos de carrera prevalece sobre las listas de



⁷ Folios 658 y siguientes del cuaderno principal.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

elegibles y por lo tanto en aras de la salvaguarda de los derechos de los servidores del DAS, como de los aspirantes mismos de la convocatoria, era imperativo retirar de la convocatoria aquellos empleos en los cuales en cumplimiento de la orden judicial sobreviniente durante el proceso de selección, la UAEMC tuvo que incorporar a los servidores cuyos derechos constitucionales fueron objeto de protección, así como aquellos en los cuales se reincorporaron servidores con derechos de carrera.

34. En cuanto a las pruebas señaló que teniendo en cuenta todos los parámetros establecidos en la convocatoria distribuidos en los niveles profesional, técnico y asistencia, fue necesario agrupar cargos en virtud del principio de eficiencia ya que construir una prueba por cada empleo generaba un alto costo a la entidad nominadora.

35. Explicó que si bien el Decreto 4057 de 2011 estableció una específica protección para los servidores del extinto DAS, en tratándose de servidores en situación de especial protección con nombramiento en provisionalidad esa protección no podía confundirse con un derecho adquirido frente al empleo de carrera en el cual se desempeñan.

36. Además, es obligación de las entidades reportar los empleos de su planta de personal con vacantes definitivas y las personas con situación de protección constitucional tienen derecho a que se les brinde un trato preferente y un cierto grado de estabilidad y atender las pautas del Decreto 1849 de 2012, en su parágrafo 2.º, según el cual, la administración debe tener en cuenta a algunos sujetos de especial protección, y para ello el empleador, debe definir medidas tendientes a proteger tanto los derechos de carrera como los derechos del sujeto de especial protección constitucional.

37. A lo anterior agregó que de conformidad con lo establecido en el artículo 4.º del Acuerdo 548 de 2015 se suscribió el Contrato 322 de 2015 con la Universidad de la Sabana a efectos de que desarrollara el proceso de selección y en cumplimiento de ello el citado ente universitario efectuó la aplicación de las pruebas para la convocatoria; además, todas las pruebas se aplicaron a los aspirantes para los diferentes grados pero contienen preguntas de distintos niveles de conocimiento y se evaluaron las competencias requeridas en cada uno de los empleos.

38. Una vez culminado lo anterior, la universidad, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y en atención a lo establecido en el Acuerdo 548 de 2015 dio apertura a las reclamaciones frente a





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

los resultados de las pruebas escritas desde el 3 al 7 de octubre de 2016 y dentro de ese plazo los aspirantes interpusieron las reclamaciones donde solicitaron el acceso a las pruebas para lo cual se permitió acceder a las mismas de acuerdo con el protocolo establecido y publicado a través de la página de la CNSC; transcurrido el momento de acceso a las pruebas presentadas se dio apertura al aplicativo para que los aspirantes tuvieran posibilidad de complementar la reclamación.

39. Adicionalmente precisó que no hubo irregularidades técnicas en el proceso de evaluación y publicación de los resultados de las pruebas escritas pues se utilizó un procedimiento de verificación y se sometieron al procedimiento estadístico de estandarización para calificar correctamente a todas las personas. Asimismo, se contó con un protocolo de seguridad para la construcción, validación, ensamble y aplicación de las pruebas.

40. Finalmente indicó que la censura de los actos administrativos formulada por el demandante se refiere a presuntas irregularidades presentadas con posterioridad, es decir, en el desarrollo de la convocatoria y de las pruebas escritas, por lo que debieron demandarse los actos administrativos posteriores que definieron las pruebas escritas y no los acuerdos indicados.

2.5. Trámite procesal

41. Mediante providencia del 25 de agosto de 2017⁸ se admitió la demanda de acuerdo con el artículo 171 del CPACA y se ordenó la notificación a la CNSC, la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, así como al agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Por auto de la misma fecha⁹, se negó la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados¹⁰.

42. A través de auto de 16 de marzo de 2018¹¹ se confirmó el auto de 25 de agosto de 2017 que negó la medida cautelar y se rechazó por improcedente el recurso de súplica.

⁸ F. 474 y s.s.

⁹ Folio 44 y siguientes del cuaderno de medidas cautelares.

¹⁰ F. 89 y s.s cdno. 2.

¹¹ Folios 62-66 del cuaderno de medidas cautelares.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

43. Mediante providencia de 22 de octubre de 2021¹², en cumplimiento de lo señalado por el artículo 42¹³ de la Ley 2080 de 2021¹⁴ se dispuso:

«**PRIMERO. – DECLARAR** la falta de prosperidad de las excepciones de (i) falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y (ii) de improcedencia de la acción frente a los cargos 2 a 5 de la demanda formulada por la U.A.E. Migración Colombia.

SEGUNDO.- PRESCINDIR de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO. – INCORPORAR las pruebas documentales aportadas por las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 173 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 182A del CPACA, que se apreciarán y valorarán en el momento de dictar sentencia.

CUARTO. – FIJAR EL LITIGIO en los términos dispuestos en numeral 3.3. de la presente providencia.

QUINTO.- En caso de no presentarse recursos contra esta decisión u observaciones sobre la fijación del litigio, por Secretaría córrase traslado común a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto. Cumplido lo anterior devuélvase el expediente al despacho para fallo. [...]».

¹² Folio 695 y s.s. cuaderno principal.

¹³ «ARTÍCULO 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor:

ARTÍCULO 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

- a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;
- b) Cuando no haya que practicar pruebas;
- c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;
- d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito.

No obstante estar cumplidos los presupuestos para proferir sentencia anticipada con base en este numeral, si el juez o magistrado ponente considera necesario realizar la audiencia inicial podrá hacerlo, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los artículos 179 y 180 de este código. [...]»

¹⁴ «Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción».





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1. Los apoderados de la UAEMC, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Comisión Nacional del Servicio Civil¹⁵ reiteraron los argumentos de la contestación señalando, en síntesis, que los actos administrativos expedidos por la CNSC frente al desarrollo de la convocatoria No. 331 del 2015, se surtieron con el lleno total de los requisitos legales, procedimientos que fueron debidamente planeados con la entidad objeto de concurso, socializados con los interesados y publicados en debida forma, por lo que no debía concederse las pretensiones solicitadas por la parte demandante por carecer de fundamento legal y respaldo probatorio. Además, algunos de los cargos formulados por la parte actora, se refieren a procedimientos posteriores a la expedición de los actos demandados por lo que carecen de sustento para provocar su nulidad.

2.6.2. La parte demandante¹⁶, reiteró los argumentos de la demanda y agregó el cargo de «infracción de las normas en que deberían fundarse, teniendo en cuenta que los acuerdos N°548 del 13 de agosto de 2015, N°552 del 03 de septiembre de 2015, N°556 del 11 de septiembre de 2015, N°20161000000096 del 31 de mayo de 2016 y el acuerdo N° cns20171000000096 del 31 de mayo de 2016 que convocan 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 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, convocatoria 331 de 2015 - vulneran el inciso 1.º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004» [...] «debido a que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió los acuerdos referenciados excediendo las funciones otorgadas en la ley, desconociendo los requisitos de formación y expedición de tal acto administrativo al omitir la firma del jefe de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia- UAEMC en cada uno de ellos».



2.7. Concepto del Ministerio Público

44. El **Procurador Segundo Delegado** ante esta Corporación¹⁷ consideró que debían denegarse las pretensiones de la demanda. En cuanto al primer cargo dijo que en efecto se modificó la oferta pública de empleos de carrera, dado que la UAEMC, a través de los oficios 24945 de 27 de agosto de 2015, 26531 de 9 de

¹⁵ Escritos adjuntos en los índices 76, 78 y 79 del sistema SAMAI.

¹⁶ Índice 80 aplicativo SAMAI.

¹⁷ Índice 77 *Ibidem*.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

septiembre de 2015 y 200166000564582 de 22 de noviembre de 2016, elevó tal solicitud atendiendo a la reincorporación de personal a la entidad, con lo que, por sustracción de materia, era necesario modificar el número de vacantes a proveer para la convocatoria, sin que se vulnerara el principio de confianza legítima, toda vez que quienes participaron en el concurso tenían conocimiento de las modificaciones efectuadas y de los cargos realmente ofertados, comoquiera que dichos actos administrativos fueron publicados por la entidad.

45. En cuanto al contenido de las preguntas formuladas en la prueba de competencias básicas y funcionales, dijo que como bien se evidencia en la Convocatoria Pública y en la misma demanda, son diferentes los cargos a proveer, exigiéndose funciones específicas, nivel educativo requerido, experiencia y conocimientos básicos y si bien la parte demandante trajo a colación 3 casos, no se puede afirmar que todas las preguntas sean incongruentes para todos los concursantes; además, si un concursante tiene reparos estaríamos frente a un caso particular y concreto que requiere de otra acción contenciosa.

46. En cuanto a si se desconocieron los derechos o prerrogativas de los sujetos de especial protección, dijo que en el proceso de supresión del DAS si se acreditan las condiciones de sujetos especial protección, tal protección solo se puede dar cuando se ha surtido el concurso de méritos y se ha conformado la lista de elegibles y la provisión de los empleos, toda vez que las vacantes solo pueden ser provistas por concursantes elegibles y la provisión transitoria de algunos cargos se puede realizar con los servidores de especial protección. Además, los cuestionamientos formulados sobre este particular son abstractos y generales frente a dos casos concretos sin estar debidamente acreditados.

47. En cuanto a que las entidades demandadas desconocieron el artículo 29 constitucional y con ello el derecho de defensa y contradicción de los particulares que solicitaron la revisión de las preguntas y respuestas, se tiene que los aspirantes que participan en la precitada convocatoria pública tienen la posibilidad de efectuar reclamaciones sobre las preguntas y respuestas a través de un aplicativo, es decir, que quien pretende efectuar la reclamación tiene previamente a la solicitud de la cita con la entidad muy claro qué preguntas o respuestas requieren de consulta y reclamo, por lo que el hecho de otorgarles 2 horas para tal fin, no constituye una irregularidad catalogada como de desconocimiento del debido proceso.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia

48. En virtud de lo señalado en el artículo 149 numeral 1.º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación es competente para conocer en única instancia la demanda de nulidad contra los Acuerdos **(i)** 548 de 13 de agosto de 2015, **(ii)** 552 de 3 de septiembre de 2015, **(iii)** 556 de 11 de septiembre de 2015 y **(iv)** 2016000000096 de 31 de mayo de 2016, proferidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

3.2. Aclaración previa y problemas jurídicos

49. Como se advierte de la parte antecedente, a través de providencia de 22 de octubre de 2021 se procedió a la fijación del litigio, decisión con la cual el apoderado de la parte accionante se mostró de acuerdo, al no presentar observaciones al respecto.

50. En este sentido, la Sala no avanzará sobre el análisis del cargo introducido en los alegatos de conclusión que denominó «infracción de las normas en que deberían fundarse», «debido a que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió los acuerdos referenciados excediendo las funciones otorgadas en la ley, desconociendo los requisitos de formación y expedición de tal acto administrativo al omitir la firma del jefe de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia- UAEMC en cada uno de ellos».

51. Esto comoquiera que no hizo parte de los cargos formulados en la demanda contra las normas acusadas, ni tampoco de los temas sobre los cuáles se fijó el litigio, por lo que proceder en contrario sería desconocer el derecho al debido proceso toda vez que frente a los mismos ya se pronunciaron las entidades demandadas, partiendo del escenario de discusión planteado.

52. Ahora bien, de acuerdo con las decisiones adoptadas en la fijación del litigio corresponde a la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación determinar:

(i). ¿ En este caso se modificó la oferta de empleos establecida en la Convocatoria 331 de 2015, adelanta a través del Acuerdo No. 548 del 13 de agosto de 2015 una vez realizada su publicación y en caso de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, deberá determinarse si ¿se desconoció el artículo 29 y el principio de confianza legítima de los concursantes que se inscribieron y





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

concuraron en la oferta de empleos establecida en el citado Acuerdo 548?.

(ii). ¿El contenido de las preguntas formuladas en la prueba de competencias básicas y funcionales, tuvo relación con los ejes temáticos establecidos para la evaluación de la Convocatoria 331 de 2015 y los cargos sobre los cuales se hizo la oferta pública y en caso de que la respuesta al anterior interrogante sea negativa, deberá establecerse si se incurrió en la causal de nulidad de expedición irregular por violación al principio de congruencia?

(iii). ¿Los Acuerdos demandados incurrieron en desconocimiento del Decreto 4057 de 2011 y la Ley 790 de 2002 y en consecuencia desconocieron los derechos o prerrogativas de los sujetos de especial protección?

(iv) ¿Las entidades demandadas desconocieron el artículo 29 constitucional y con ello el derecho de defensa y contradicción de los participantes que solicitaron la revisión de análisis y de las preguntas y respuestas dadas en el desarrollo de las pruebas de la Convocatoria 331 de 2015?

53. Para solucionar esta controversia la Sala se referirá al marco jurídico que establece las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil y las pruebas allegadas, para verificar si en este caso se estructuran los cargos de anulación propuestos.



3.3. Análisis de la Sala

3.3.1. Competencia de la CNSC para la convocatoria a concursos públicos de méritos¹⁸ y sus funciones frente al sistema de carrera de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

54. La Constitución Política de 1991, en su artículo 130¹⁹, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, como un órgano autónomo e independiente encargado de la función concreta y específica de administrar y vigilar los

¹⁸ Al efecto, la Sala hace referencia al análisis realizado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto del 19 de agosto de 2016, radicado 2016-00128-00 (2307) con ponencia del doctor Germán Alberto Bula Escobar.

¹⁹ «**Artículo 130.** Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.»



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

regímenes de carrera, salvo aquellos especiales, con el fin de que «el sistema de concurso de méritos para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, para el ascenso dentro de los mismos y para el retiro del servicio, se lleve a cabo de manera transparente, idónea e imparcial, conforme con los postulados constitucionales y legales que regulan la materia». De manera que, el artículo 130 superior se encamina a “asegurar que los procesos de selección de personal se adelanten sin presiones de ninguna clase y lejos de los intereses políticos o burocráticos»²⁰.

55. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que el propósito de la implementación de un sistema de carrera por concurso de méritos y de asignarle su administración y vigilancia a un órgano distinto al de las entidades públicas que se beneficiarían de dicha provisión de cargos, radica en «aislar y separar su organización, desarrollo y control de factores subjetivos que pudieran afectar sustancialmente el adecuado ejercicio de la actividad estatal (clientelismo, favoritismo y nepotismo) materializados, entre otros, en el interés que como patrono puede tener el propio Estado, y en particular la Rama Ejecutiva del Poder Público, en el proceso mismo de selección, promoción y remoción de sus servidores»²¹.

56. En este sentido, la Corte ha sido categórica al aseverar que las funciones asignadas a la CNSC para administrar y vigilar las carreras constituyen un imperativo constitucional de carácter indivisible, en el sentido de que tales atribuciones «no pueden compartirse con otros órganos ni ser separadas o disgregadas a instancia del legislador»²².

57. Ahora bien, en Colombia, existen tres sistemas de carrera administrativa como son:

- (i) El sistema general u ordinario al que hace referencia el artículo 125 de la Constitución, regulado por la Ley 909 de 2004²³ que comprende la mayor parte de los empleos en la administración pública en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado.

²⁰ Así lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-471 de 2013 con ponencia de la magistrada dra. María Victoria Calle Correa.

²¹ Sentencias C- 476 - 1999

²² Corte Constitucional. Sentencia C-476 de 1999. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

²³ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones».





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

- (ii) El de las carreras especiales de origen constitucional, tales como el de las universidades estatales (Art. 69 C.P.), de las Fuerzas Militares (Art. 217 C.P.), de la Policía Nacional (Art. 218 C.P.), de la Fiscalía General de la Nación (Art. 253 C.P.), de la Rama Judicial (Art. 256-1 C.P.), de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Art. 266 C.P.), de la Contraloría General de la República (Art. 268-10 C.P.) y de la Procuraduría General de la Nación (Art. 279 C.P.).
- (iii) Los «sistemas específicos de carrera» creados por el legislador, frente a los cuales la Corte Constitucional en sentencia C-563 de 2000²⁴, aclaró que era viable su creación por parte del legislador y que existían ciertas actividades dentro de la misma administración pública que por su especificidad ameritan un tratamiento y una regulación singular, que están previstos en el numeral 2.º del artículo 4.º de la Ley 909 de 2004²⁵.

²⁴ En dicha oportunidad, esa Corte conoció de la demanda en contra de la norma que en su momento reguló los sistemas específicos de carrera de origen legal (art. 4º Ley 443 de 1998) donde concluyó que el Legislador estaba facultado para diseñar regímenes especiales en ciertas categorías de servidores públicos, por lo que declaró exequible la norma en cuestión. Al respecto se dijo lo siguiente:

«[I]os sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general. [...] No existe impedimento de orden constitucional para que el Congreso, en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa que el Constituyente radicó en esa Corporación, pueda crear sistemas especiales de carrera de contenido particular, que a su vez hagan parte del sistema de carrera administrativa general».

²⁵ «[...]»

2.- Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes: (...)

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian).
- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.
- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.
- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

58. Dichos sistemas específicos, son administrados y vigilados por la CNSC, tal como se definió en sentencia C-1230 de 2005 donde la Corte, estudió una demanda contra el artículo 4.º de la Ley 909 de 2004, que en su numeral 3.º establecía que la CNSC solamente tenía la función de «vigilar» las carreras específicas. Al analizar la constitucionalidad de la norma, esa Corporación unificó su posición sobre el tema, y consideró que la disposición de la Ley 909 de 2004 había escindido las funciones de administración y de vigilancia que eran competencia exclusiva de la CNSC, lo que era contrario a la asignación de responsabilidades que establecía el artículo 130 de la Carta. Por lo anterior, se declaró la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido que la CNSC también tiene a su cargo la función de «administrar» los sistemas especiales de creación legal.

59. Ahora bien, las funciones que ejerce la CNSC en relación con la carrera administrativa se encuentran desarrolladas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

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

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



- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

- El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos. [Adicionado por el artículo 51 de la Ley 1575 de 2012]

3.- La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil²⁵. [...]»



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

- e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;
- f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;
- g) Administrar, organizar y actualizar el registro público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes;
- h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;
- i) Realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin;
- j) Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;
- k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa.

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



60. En lo que interesa al caso es importante señalar que el artículo 31 *ibidem* establece que el acto de convocatoria es la norma reguladora de todo el concurso:

«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.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

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. 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 dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

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 seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

[...].

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

[...]».

61. Ahora bien, en providencia de 31 de enero de 2019, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso radicado 11001-03-25-000-2016-01017-00 (4574-2016), precisó que conforme con la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional del artículo 130 superior, las competencias constitucionales de la CNSC no pueden compartirse con otros órganos. Sin embargo, dado que estas competencias implican el ejercicio de funciones administrativas, corresponde aplicar también los principios constitucionales que las rigen, previstos en el artículo 209 *ibidem*. Así, pues, se dijo que 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 en los siguientes términos:

«En síntesis, la CNSC en relación con la convocatoria de los concursos públicos de méritos tiene de manera precisa y privativa las siguientes atribuciones: (i) fijar los lineamientos generales con los que se desarrollarán los procesos de selección; (ii) acreditar a las entidades que podrán realizar procesos de selección; (iii) elaborar las convocatorias a concurso; (iv) realizar y adelantar los procesos de selección para el ingreso al empleo público y (v) determinar los costos de los concursos.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

[...]

67. Al ser la CNSC el ente rector de la carrera administrativa y la encargada de la administración, guarda y vigilancia de los procesos de concursos públicos de méritos, como claramente se establece a partir de los artículos 130 de la Constitución Política, 11 y 30 de la Ley 909 de 2004; se constituye en la única autoridad con capacidad jurídica, autonomía y competencia administrativa para dictar reglas y regulaciones en la materia que ostenten el carácter de vinculantes, tanto para la entidad beneficiaria de la provisión de empleos, las instituciones, universidades contratadas para la realización del concurso y los participantes. Por ende, en el iter de construcción del acto administrativo contentivo de la convocatoria a concurso es la CNSC la que se constituye como el órgano dotado de potestad para darle existencia a dicha manifestación de voluntad.

[...]

Por su parte, la entidad beneficiaria del concurso, participa del iter o camino para la producción de la convocatoria, llevando a cabo actividades que se enmarcan propiamente en el ámbito de la cooperación interinstitucional para el buen y correcto cumplimiento de los fines del Estado; de manera que la entrega del estudio de las cargas de personal, listado de vacantes, la emisión del certificado de disponibilidad y registro presupuestal, se constituyen en acciones de planeación y concertación en el marco de los principios de la función pública, que se erigen en manifestación inequívoca de su voluntad concurrente para la suscripción del acto administrativo que incorpora la convocatoria a concurso.

[...]».



62. Con posterioridad, en sentencia C – 183 de 8 de mayo de 2019, la Corte Constitucional²⁶ declaró condicionalmente exequible la expresión «el jefe de la entidad u organismo», contenido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, arriba transcrita, oportunidad en la que esa Corporación, señaló:

«A partir de la existencia del órgano y de sus competencias, comprendidas dentro de la estructura del Estado (art. 113 CP), este tribunal destacó, como ya se pudo ver²⁷, que la CNSC es un órgano autónomo e independiente, que no pertenece a ninguna rama del poder público. La preservación de esta autonomía e independencia constitucional de la CNSC, que se destaca de manera especial frente a la Rama Ejecutiva, justificó que en el *decisum* de la Sentencia C-372 de 1999²⁸ se hubiese dispuesto que el Congreso de la República “señalará la estructura de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano autónomo e independiente, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

4.5.2. Las competencias constitucionales de la CNSC. Reiteración de jurisprudencia

Conforme a la doctrina fijada por este tribunal en la Sentencia C-1230

²⁶ Con ponencia del magistrado dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez

²⁷ Supra 4.4.2.

²⁸ Ordinal quinto.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

de 2005 y, desde esa fecha, seguida de manera pacífica y reiterada, las competencias constitucionales reconocidas por el artículo 130 de la Constitución tienen tres características: 1) son exclusivas de la CNSC, que es el único órgano facultado por la Carta para administrar y vigilar las carreras que no tengan carácter especial; 2) la única excepción a estas competencias es, justamente, la de las carreras especiales; y 3) estas competencias no se pueden dividir ni compartir para su ejercicio²⁹. En consecuencia, el único límite que tiene para administrar o vigilar una carrera la CNSC es el de que esta tenga carácter especial. Como ya se anotó, al estudiar la Sentencia C-645 de 2017³⁰, este tribunal entiende por carreras especiales, aquellas que tienen origen constitucional. Por tanto, dentro de las competencias de la CNSC están tanto la carrera general, a cuya regulación pertenece la norma que ahora se examina, como las carreras específicas, que tienen origen legal. [...]».

63. En dicha decisión la Corte señaló que, la convocatoria al concurso hace parte de la competencia constitucional de la CNSC para administrar la carrera, competencia que es, privativa de dicho órgano constitucional autónomo e independiente. Por tanto, la elaboración de la convocatoria para el concurso, como sus eventuales modificaciones, corresponden de manera exclusiva y excluyente a la CNSC, dado que estas tareas se enmarcan dentro de su competencia constitucional para administrar el sistema de carrera. Atribuir estas funciones a una entidad u órgano diferente, que era la hipótesis juzgada en la Sentencia C-471 de 2013, o entender que por el hecho de que la ley prevea que el jefe de dicha entidad u órgano deba suscribir la convocatoria, éste puede elaborar la convocatoria o modificarla, resulta incompatible con la Constitución, a la luz de la antedicha *ratio*, que ahora se reitera, pues en ambas hipótesis se estaría privando a la CNSC de las competencias constitucionales que ostenta.

64. Sin embargo, aclaró que el que la CNSC sea un órgano constitucional autónomo e independiente, «[...] no excluye, como se ve el deber de colaboración armónica con otros órganos, que tienen funciones diferentes, para realizar los principios propios del régimen constitucional de la carrera administrativa. Además de esta colaboración, debe destacarse que, conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 209 de la Carta, estos órganos, al ejercer funciones administrativas, deberán “coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado».

3.2.2. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y la incorporación de servidores del DAS como consecuencia de su supresión.

²⁹ Fundamentos jurídicos 65 a 68.

³⁰ Supra 4.2.1.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

65. A través del Decreto 4062 de 2011³¹, se creó a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia – UAEMC- como un organismo civil de seguridad, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, con jurisdicción en todo el territorio nacional, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, cuya función principal es la de ejercer las funciones de vigilancia y control migratorio y de extranjeros del Estado colombiano.

66. En la aludida norma se estableció el régimen de personal de los empleados, a quienes se les aplicará el régimen general de los servidores de la Rama Ejecutiva, así:

«Artículo 28. Régimen de personal. A los empleados de Migración Colombia les aplicará en materia de administración de personal y de carrera el régimen general establecido para los servidores de la Rama Ejecutiva del orden nacional».

67. Asimismo, el artículo 29 *ibidem* estableció que para la planta de personal se les aplicará el Régimen General de Carrera, de clasificación y de administración de personal:

«Artículo 29. Planta de personal. De conformidad con la estructura prevista por el presente decreto el Gobierno Nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales señaladas en el artículo 189 y en la Ley 489 de 1998 procederá a adoptar la nueva planta de personal necesaria para el debido y correcto funcionamiento de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. A los empleados de la Unidad se les aplicará el Régimen General de carrera, de clasificación y de administración de personal».



68. En su artículo 30 la norma en cita reguló la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones del DAS, a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, como lo menciona el artículo 30 *ibidem*:

«Artículo 30. Transferencia de bienes, derechos y obligaciones. La propiedad de los bienes muebles e inmuebles de los cuales sea titular el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en supresión y el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, a la entrada en vigencia del presente decreto, que se requieran para el cumplimiento de las funciones de Migración Colombia quedarán en cabeza de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, los cuales serán cedidos a este último a título gratuito, la determinación de los bienes, los plazos y términos para su entrega se señalarán en las actas suscritas por el Director del DAS en supresión y/o el representante legal del Fondo Rotatorio del DAS y el Director de Migración Colombia».

69. En este punto es menester recordar que, en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 el

³¹ «Por el cual se crea la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, se establece su objetivo y estructura»



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

Presidente de la República expidió el Decreto Ley 4057 de 31 de octubre de 2011³² y, en consecuencia, además de suprimir el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, el cual había sido creado por medio del Decreto 1717 de 1960, trasladó las funciones que se venía adelantando para aquél momento, entre ellas, las de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros y las demás disposiciones sobre la materia, se trasladarían a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

70. La citada normativa dispuso una serie de prerrogativas a efectos de amparar o proteger los derechos laborales de los empleados, veamos:

«Artículo 6°. Supresión de empleos y proceso de incorporación. El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011.

Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto.

Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.

[...]»(Negrilla de la Sala).

«Artículo 7°. Régimen de personal. El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

[...]

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.

³² “(...) Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas

funciones y se dictan otras disposiciones. (...)”.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.

[...]».

71. Igualmente es importante destacar que la Corte Constitucional en la sentencia C-098 de 2013³³ al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra el citado artículo 7.º «parcial» del Decreto 4057 de 2011, declaró la exequibilidad de dicha disposición al señalar, concretamente, que no se estaba desconociendo de ninguna manera los derechos adquiridos de los ex – servidores del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, en la medida en que la reubicación de estos trabajadores, por sí solo, no implica una desmejora de sus condiciones laborales. **En efecto, el personal que venía de prestar sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- serían incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición, de carrera o provisionalidad que ostentaban anteriormente** y, en materia de administración de personal y carrera, se les aplicaría el que rigiera en la entidad receptora, a excepción del personal que se incorporará a la Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República.

3.4. Análisis de los cargos formulados

3.4.1. Primer cargo. ¿En este caso se modificó la oferta de empleos establecida en la Convocatoria 331 de 2015, adelantada a través del Acuerdo 548 del 13 de agosto de 2015 una vez realizada su publicación y en caso de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, deberá determinarse si se desconoció el artículo 29 y el principio de confianza legítima de los concursantes que se inscribieron y concursaron en la oferta de empleos establecida en el citado Acuerdo 548?

72. En este caso, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, solicitó, a través del **Oficio DG-0525 de 6 de junio de 2012**³⁴, a la Comisión Nacional del Servicio Civil la apertura de convocatoria pública para la provisión definitiva de los empleos vacantes de la planta de personal, perteneciente al Sistema General de Carrera.

73. Mediante Oficio 26228 de 16 de junio de 2012 suscrito por la

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-098 de 27 de febrero de 2013, referencia: expediente D9231, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 (parcial) del Decreto 4057 de 2011, M. P.

Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³⁴ Folio 513 del cuaderno principal.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

CNSC se comunicó al director general de la UAEMC que para iniciar la fase de planeación de la convocatoria pública debía, entre otras obligaciones, constituir la OPEC, es decir «consolidar la oferta pública de empleos de carrera de la entidad.»³⁵

74. En virtud de lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo 548 de 13 de agosto de 2015, por el cual se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia UAEMC, convocatoria 331 de 2015, en cuyo artículo 11 estableció que los empleos vacantes de la OPEC correspondían a 101 del nivel profesional, 387 del nivel técnico, 73 del nivel asistencial, para un total de 561 cargos.

75. Ahora bien, mediante el **Acuerdo 552 del 3 de septiembre de 2015**³⁶ se modificaron «los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo No. 548 del 13 de agosto de 2015, a través del cual se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia UAEMC, Convocatoria No. 331 de 2015 - Migración Colombia».

76. En el citado acto administrativo se señaló que se modificaba el número de vacantes ofertadas a 560 por cuanto:

«El numeral 3 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, sobre orden de provisión definitiva de los empleos de carrera, señala: "La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

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

En tal sentido, la norma establece con relación al orden de provisión de los empleos de carrera que la reincorporación prevalece frente a la Lista de Elegibles.

En consecuencia, mediante oficio No.20156110375461 del 24 de agosto 2015, radicado en la CNSC con el No.24945 del 27 de agosto de 2015, el Director (E) de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, solicitó la modificación de la Oferta Pública de Empleos de Carrera Administrativa-OPEC, atendiendo la siguiente situación:

³⁵ Folio 514 ibidem

³⁶ Folios 525 y siguientes del cuaderno principal.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

"(...)

CODIGO OPEC	EMPLEO	SOLICITUD	JUSTIFICACIÓN
212184	AGENTE DE SEGURIDAD 4050-15	Disminuir una vacante. Quedando para la oferta un total de 6 vacantes en este empleo.	*Mediante Resolución No. 2507 de 07 de mayo de 2015, la CNSC ordena la reincorporación del señor JESUS BERNARDO DÁVILA BENAVIDES. * Mediante Resolución No. 0760 de 23 de junio de 2015, Migración Colombia ordena el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad para dar cumplimiento a la orden de reincorporación. * Mediante Acta No. 110 de 18 de agosto de 2015 el señor JESUS BERNARDO DÁVILA BENAVIDES, toma posesión del empleo Agente de Seguridad 4050-15

(...)"

El inciso primero del artículo 2.2.6.4 del Decreto 1083 de 2015, sobre modificación de la Convocatoria, establece "Antes de iniciarse las inscripciones, la convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual deberá ser divulgado por la entidad que adelanta el proceso de selección (...)".

Con fundamento en lo anterior, y en aplicación de los principios que reglamentan la administración, particularmente el control en sede administrativa, el cual permite que la Administración revise sus propios actos, los modifique, aclare o revoque, en consonancia con el principio de eficacia de las actuaciones administrativas contemplado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, la Comisión Nacional del Servicio Civil procederá a modificar los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo No. 548 de 2015, como quiera que existe una persona con derechos de carrera en una de las vacantes ofertadas del empleo denominado Agente de Seguridad, Código 4050, Grado 15, lo que genera una reducción en las vacantes del nivel asistencial inicialmente reportadas por la entidad convocante.



77. Revisado el expediente se tiene que fue aportada copia de la aludida Resolución **2507 de 7 de mayo de 2015**³⁷ suscrita por el presidente de la CNSC, citada en el Acuerdo 552 de 3 de septiembre de 2015, donde se indicó que el señor Jesús Bernardo Dávila Benavides se desempeñaba como guardián 214-04 en el DAS y su cargo fue suprimido, por lo que solicitó la reincorporación a la planta de personal de la UAEMC. Allí se dispuso su reincorporación al cargo de agente de seguridad código 4050 grado 15 de la UAEMC en virtud de lo establecido por el artículo 28 del Decreto Ley 760 de 2005 «Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones.», norma que dispone:

«ARTÍCULO 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios.

De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo

³⁷ Obra a folio 585 del cuaderno principal.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

dispuesto en el párrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Para la reincorporación de que trata el presente artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

28.1. La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

28.1.1. En la entidad en la cual venía prestando el servicio.

28.1.2. En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido.

28.1.3. En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.

28.1.4. En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

28.1.5. La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla.

De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

PARÁGRAFO . Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.»

78. Ahora bien, con posterioridad, se profirió el **Acuerdo 556 del 11 de septiembre de 2015** «Por el cual se modifica y adiciona el Acuerdo No. 552 del 03 de septiembre de 2015, a través del cual se modificaron los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo No. 548 del 13 de agosto de 2015»³⁸ mediante el cual se estableció que la OPEC estaría confirmada por 559 vacantes; lo anterior por los siguientes motivos:

« Ahora bien, mediante oficio No. 20156110402011 del 09 de septiembre de 2015, radicado en la CNSC con el No. 26531 de la misma fecha, la Subdirectora de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, siguiendo instrucciones del Director General (E), informó a esta Comisión Nacional la siguiente situación:

"(...) Mediante comunicación SGRAL-2015-EE-23546 de 27 de agosto de 2015, la Comisión Nacional del Servicio Civil informa la expedición de la Resolución No.3772 de agosto de 2015, la cual fue notificada el día de hoy a través de correo electrónico, por medio de la cual se resuelve la solicitud de reincorporación de un funcionario en el empleo Oficial de Migración 3010-11. (...)"

La Resolución No. 3772 de agosto de 2015, conforme lo certificó la Secretaría General de la CNSC, fue notificada a la Unidad

³⁸ Folios 139 y s.s. del cuaderno principal.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

Administrativa Especial Migración Colombia el día 09 de septiembre de 2015; por lo que en consecuencia y de conformidad con el orden de provisión definitiva de empleos de carrera, dicha vacante deberá ser retirada de la Convocatoria.

El inciso primero del artículo 2.2.6.4 del Decreto 1083 de 2015, respecto a la modificación de la Convocatoria, establece “*Antes de iniciarse las inscripciones, la convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual deberá ser divulgado por la entidad que adelanta el proceso de selección (...)*”.

Con fundamento en lo anterior, y en aplicación de los principios que reglamentan la administración, particularmente el control en sede administrativa, el cual permite que la Administración revise sus propios actos, los modifique, aclare o revoque, en consonancia con el principio de eficacia de las actuaciones administrativas contemplado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, la Comisión Nacional del Servicio Civil procederá a modificar el Acuerdo No. 552 del 03 de septiembre de 2015, con ocasión de la provisión definitiva del empleo denominado Oficial de Migración, Código 3010, Grado 11, producto de una reincorporación ordenada por la CNSC, lo que genera una reducción en el número de vacantes del nivel técnico inicialmente reportadas por la entidad convocante.»

79. Igualmente se allegó copia de la **Resolución 3772 de 27 de agosto de 2015**³⁹, suscrita por el presidente de la CNSC, donde se indicó que a través de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío de 22 de julio de 2015 dentro del proceso de tutela interpuesto por el señor Yobany Flórez Arango, se ordenó a la CNSC adelantar un estudio técnico para determinar si aquel tenía derecho a la reincorporación. Allí se indicó que el señor Flórez Arango se desempeñó en carrera el cargo de detective, código 208 grado 06 del DAS, que fue suprimido y solicitó su incorporación a la planta de personal de la UAEMC.

80. En este sentido la CNSC dispuso que se debía dar cumplimiento a la citada orden judicial por lo que estimó que la UAEMC debía reincorporar al señor Flórez Arango al cargo de oficial de Migración Código 3010, grado 11 de la planta de personal de la UAEMC.

81. Con posterioridad se profirió el **Acuerdo 20161000000096 del 31 de mayo de 2016**⁴⁰ «Por el cual se modifica el Acuerdo No. 556 del 11 de septiembre de 2015, a través del cual se modificó y adicionó el Acuerdo No 552 de 2015, que modificó los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo No. 548 del 13 de agosto de 2015». Allí se dispuso a modificar el número de cargos convocados a 546 vacantes, por las siguientes razones:

³⁹ Folios 591 y s.s. del cuaderno principal.

⁴⁰ Folios 144 y s.s. del cuaderno principal.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

Como se puede evidenciar de la referida norma, en relación al orden de provisión de los empleos de carrera que la reincorporación prevalece frente a la Lista de Elegibles.

Ahora bien, mediante oficio No. 20166110163641 del 29 de abril de 2016, radicado en la CNSC con el No. 20166000137752 del 04 de mayo de 2016, el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, solicitó a esta Comisión Nacional excluir de la OPEC y del concurso abierto de méritos de la Convocatoria No. 331 de 2015, las siguientes vacantes:

DENOMINACION	CODIGO	GRADO	No. DE VACANTES
Agente de Seguridad	4050	15	5
Oficial de Migración	3010	11	7
Técnico Administrativo	3124	11	1
TOTAL			13

Lo anterior, con motivo de las incorporaciones realizadas por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, en atención a la instrucción impartida por la Presidencia de la República, en cumplimiento de la sentencia radicada con el No. 2500-23-37-000-2014-00759-02 de fecha 03 de agosto de 2015, profندا por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta del Consejo de Estado, así como, a las solicitudes de reincorporación realizadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En este sentido el párrafo segundo del Acuerdo No. 556 del 11 de septiembre de 2015, establece: “El número de vacantes ofertadas en la Convocatoria por cada empleo puede estar sujeta a modificaciones con ocasión a los órdenes de provisión contemplados en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 caso en el cual la vacante que estando en concurso sea provista con sustento en el referido orden, se entenderá retirada de la Convocatoria, situación que será informada al concursante interesado”.

Con fundamento en lo anterior, y en aplicación de los principios que reglamentan la administración, particularmente el control en sede administrativa el cual permite que la Administración revise sus propios actos, los modifique, aclare o revoque, en consonancia con el principio de eficacia de las actuaciones administrativas contemplado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, la Comisión Nacional del Servicio Civil procederá a modificar el Acuerdo No. 556 del 11 de septiembre de 2015, con ocasión de la provisión definitiva de los empleos mencionados anteriormente, producto de incorporaciones y reincorporaciones ordenadas por la Presidencia de la República y la CNSC, lo que genera una reducción en el número de vacantes en los empleos señalados y que fueron inicialmente reportadas por la entidad convocante.



82. A folios 596 y siguientes del cuaderno principal obra copia del Oficio 20166110163641 de 29 de abril de 2016, suscrito por el Subdirector de Talento Humano de la UAEMC a través de la cual se le indicó al presidente de la CNSC que venía adelantando los trámites administrativos correspondientes, a efectos de acatar la instrucción impartida por el presidente de la República consistente en efectuar la incorporación de 23 servidores a la planta de personal de la entidad en cumplimiento de la sentencia de 3 de agosto de 2015 dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del proceso de tutela radicado 25000-23-37-000-2014-00759-02⁴¹.

83. Examinada la citada decisión judicial, se advierte que dispuso lo siguiente:

«[...]

SEGUNDO: ORDENAR al Presidente de la República y al Ministro de Hacienda y Crédito, tomar las medidas necesarias, en el término máximo de un (1) mes, que permitan la garantía de los derechos laborales, prestacionales y de carrera de los ex servidores del DAS

⁴¹ Con ponencia del Consejero Alberto Yeyes Barreiro.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

–suprimido–, como expresamente lo ordenó el parágrafo 3 del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011. [...]».

84. Ahora bien, es menester indicar que el Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015 «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», norma vigente al momento de proferirse el Acuerdo 548 de 13 de agosto de 2015 dispuso en su artículo 2.2.6.4⁴² que, **hasta antes de iniciarse las inscripciones**, la convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual deberá ser divulgado por la entidad que adelanta el proceso de selección.

85. En este caso, según la página de la CNSC⁴³ «El proceso de Inscripción, se llevó o se llevará a cabo únicamente por medio electrónico a partir de las 12:00:00 AM, del día 16/09/2015, (primer día de Inscripciones) y hasta las 11:59:59 PM, del día 20/10/2015, (último día del proceso)».

⁴²«**Artículo 2.2.6.4 Modificación de la convocatoria. Antes de iniciarse las inscripciones, la convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual deberá ser divulgado por la entidad que adelanta el proceso de selección.**

Iniciadas las inscripciones, la convocatoria solo podrá modificarse en cuanto al sitio, hora y fecha de recepción de inscripciones y aplicación de las pruebas, por la entidad responsable de realizar el concurso. Las fechas y horas no podrán anticiparse a las previstas inicialmente en la convocatoria.

Las modificaciones respecto de la fecha de las inscripciones se divulgarán por los mismos medios utilizados para la divulgación de la convocatoria, por lo menos con dos (2) días de anticipación a la fecha de iniciación del periodo adicional.

Las relacionadas con fechas o lugares de aplicación de las pruebas, deberán publicarse por los medios que determine la entidad que adelanta el concurso incluida su página web y, en todo caso, con dos (2) días de anticipación a la fecha inicialmente prevista para la aplicación de las pruebas. Estas modificaciones serán suscritas por el responsable del proceso de selección y harán parte del expediente del respectivo concurso. Copia de las mismas deberá enviarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Comisión de Personal de la entidad correspondiente.

Parágrafo. Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil dejar sin efecto la convocatoria cuando en ésta se detecten errores u omisiones relacionadas con el empleo objeto de concurso y/o la entidad a la cual pertenece, o con las pruebas o instrumentos de selección, cuando dichos errores u omisiones afecten de manera sustancial y grave el desarrollo del proceso de selección..»(Negrilla de la Sala).

⁴³http://gestion.cnsc.gov.co/InsConv_329_331333/faces/pages/02_terminosYcondiciones.xhtml





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

86. Igualmente, como se indicó, el Decreto Ley 4057 de 31 de octubre de 2011⁴⁴ estableció algunas prerrogativas para amparar los derechos laborales de los empleados, en cuyo artículo 6.º dispuso que los servidores públicos cuyos cargos sean suprimidos serían incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

87. De acuerdo con lo anterior, se tiene que en este caso, pese a que el Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015⁴⁵, en su artículo 2.2.6.4⁴⁶ señala que, hasta antes de iniciarse las inscripciones, la convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no obstante debe advertirse que **una norma con rango de Ley, como lo es el Decreto Ley 4057 de 31 de octubre de 2011 dispuso el derecho a la incorporación de los ex servidores del Das que ostentaban derechos de carrera administrativa, como en efecto ocurrió.**

⁴⁴ «[...] Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas

funciones y se dictan otras disposiciones. [...]».

⁴⁵ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública»

⁴⁶«**Artículo 2.2.6.4 Modificación de la convocatoria. Antes de iniciarse las inscripciones, la convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual deberá ser divulgado por la entidad que adelanta el proceso de selección.**

Iniciadas las inscripciones, la convocatoria solo podrá modificarse en cuanto al sitio, hora y fecha de recepción de inscripciones y aplicación de las pruebas, por la entidad responsable de realizar el concurso. Las fechas y horas no podrán anticiparse a las previstas inicialmente en la convocatoria.

Las modificaciones respecto de la fecha de las inscripciones se divulgarán por los mismos medios utilizados para la divulgación de la convocatoria, por lo menos con dos (2) días de anticipación a la fecha de iniciación del periodo adicional.

Las relacionadas con fechas o lugares de aplicación de las pruebas, deberán publicarse por los medios que determine la entidad que adelanta el concurso incluida su página web y, en todo caso, con dos (2) días de anticipación a la fecha inicialmente prevista para la aplicación de las pruebas. Estas modificaciones serán suscritas por el responsable del proceso de selección y harán parte del expediente del respectivo concurso. Copia de las mismas deberá enviarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Comisión de Personal de la entidad correspondiente.

Parágrafo. Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil dejar sin efecto la convocatoria cuando en ésta se detecten errores u omisiones relacionadas con el empleo objeto de concurso y/o la entidad a la cual pertenece, o con las pruebas o instrumentos de selección, cuando dichos errores u omisiones afecten de manera sustancial y grave el desarrollo del proceso de selección..»(Negrilla de la Sala).





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

88. Se advierte entonces, que la modificación al número de cargos de la OPEC de la convocatoria 331 de 2015 no se produjo de manera caprichosa, sino precisamente en cumplimiento de un deber impuesto por el legislador extraordinario, establecido para garantizar el derecho a la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera administrativa de una entidad suprimida, sin que pueda señalarse que con ello se haya afectado el principio de la confianza legítima, pues la actuación de la CNSC no fue sorpresiva, sino que al contrario, se ajustó al ordenamiento jurídico y además garantizó la publicidad de cada una de las decisiones adoptadas frente al número de cargos ofertados en la OPEC, como puede observarse en los avisos informativos de la página de la CNSC⁴⁷.

89. Por las anteriores razones se concluye que pese a que los Acuerdos demandados sí modificaron el número de cargos ofertados en la convocatoria 331 de 2015 de la UAEMC después de que había transcurrido el plazo de inscripción, esto se produjo como consecuencia del cumplimiento de un deber legal establecido en el Decreto Ley 4057 de 31 de octubre de 2011, así como de las decisiones judiciales que ordenaron garantizar la incorporación de los servidores de carrera administrativa del extinto DAS que solicitaron su reincorporación en la planta de personal de la UAEMC, de lo que se concluye la improsperidad del cargo analizado.



3.4.2. Segundo problema jurídico ¿El contenido de las preguntas formuladas en la prueba de competencias básicas y funcionales, tuvo relación con los ejes temáticos establecidos para la evaluación de la Convocatoria 331 de 2015 y los cargos sobre los cuales se hizo la oferta pública y en caso de que la respuesta al anterior interrogante sea negativa, deberá establecerse si se incurrió en la causal de nulidad de expedición irregular por violación al principio de congruencia?

90. En cuanto a este cargo es menester reiterar que los concursos tienen fundamento en el artículo 125 de la Constitución Política para cargos de carrera teniéndose estos como el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo.

⁴⁷<https://historico.cnsc.gov.co/index.php/331-de-2015-migracioncolombia/923-disminucion-de-vacantes-convocatoria-n-331-de-2015-migracion-colombia>



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

91. En este sentido, el concurso por su propia naturaleza de competitividad se aparta de todo tipo de influencias para asegurar imparcialidad e igualdad en la evaluación y en la selección.

92. Así las cosas, la finalidad de los concursos es que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje, parámetro que evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado. Por ello, la entidad estatal que convoca a un concurso debe respetar las reglas establecidas y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como ella misma.

93. Sin embargo, es de aclarar que en este caso, la controversia planteada versa sobre la legalidad de los Acuerdos (i) 548 de 13 de agosto de 2015, (ii) 552 de 3 de septiembre de 2015, (iii) 556 de 11 de septiembre de 2015 y (iv) 2016000000096 de 31 de mayo de 2016, por medio de los cuales se convocó 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 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia UAEMC.

94. A través del primero de ellos, en relación con las pruebas escritas se estableció que los aspirantes debían revisar la guía de orientación para conocer las recomendaciones e instrucciones para la presentación de las pruebas:

ARTÍCULO 27°. CITACIÓN A PRUEBAS ESCRITAS. El aspirante debe acceder a la página Web www.cnsc.gov.co, en el link "*Convocatoria No. 331 de 2015 – Migración Colombia*" o a la de la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que contrate la CNSC y con su número de cédula y PIN podrá consultar su citación para conocer la fecha, hora y lugar de presentación de las pruebas escritas establecidas en el marco de la "*Convocatoria No. 331 de 2015 – Migración Colombia*".

Así mismo, los aspirantes deben revisar la GUIA DE ORIENTACIÓN que para cada prueba realice la universidad, institución universitaria e institución de educación superior contratada, debido a que la misma le permitirá conocer de manera detallada las recomendaciones e instrucciones para la presentación de las pruebas.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

ARTÍCULO 32°. PRUEBAS ESCRITAS SOBRE COMPETENCIAS BÁSICAS, FUNCIONALES Y COMPORTAMENTALES. La prueba sobre competencias básicas, evalúa los niveles de dominio sobre los saberes básicos y sobre lo que todo servidor público, al servicio del Estado debe conocer de este.

La prueba sobre competencias funcionales está destinada a evaluar y calificar lo que debe estar en capacidad de hacer el aspirante, es decir, la capacidad para ejercer un empleo público y se define con base en el contenido funcional del mismo. Permite establecer, además del conocimiento, la relación entre el saber y la capacidad de aplicación de dichos conocimientos.

La prueba sobre competencias comportamentales está destinada a obtener una medida puntual, objetiva y comparable de las variables psicológicas personales de los aspirantes, así como a evaluar las competencias requeridas para el desempeño de los empleos establecidos por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia UAEMC, a la luz de su cultura organizacional, sus principios y valores institucionales.

La prueba de Competencias Comportamentales será evaluada a través de la valoración de elementos y atributos de competencia, conforme a las competencias comportamentales comunes y/o por nivel jerárquico del empleo determinadas en el Decreto 1083 de 2015.

La universidad, institución universitaria e institución de educación superior contratada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para adelantar el proceso de selección, elaborará y validará el protocolo de calificación y lo tendrá en cuenta en la evaluación de la prueba comportamental, teniendo en cuenta el perfil de cada cargo.

Las pruebas sobre competencias básicas y funcionales y comportamentales serán escritas y se aplicarán en una misma sesión a la cual serán citados todos los aspirantes admitidos, el mismo día, en la ciudad, sitios de aplicación, fecha y hora que, con la debida anterioridad informe la CNSC, a través del despacho del Comisionado responsable de la Convocatoria, que en todo caso no será inferior a cinco (5) días hábiles a la fecha de aplicación, a través de la página Web www.cnsc.gov.co, en el link "Convocatoria No. 331 de 2015 – Migración Colombia" y en la de la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que contrate la CNSC para el efecto.

95. En desarrollo de lo anterior en el mes de julio de 2015 se expidió la cartilla de ejes temáticos⁴⁸ para la convocatoria 331 de 2015 suscrita por la CNSC, la Universidad de la Sabana y la UAE Migración Colombia donde se estableció:

- «1. Los ejes temáticos y contenidos para la prueba sobre competencias básicas.
2. Los ejes temáticos para la prueba sobre competencias funcionales.
3. La distribución de contenidos a evaluar en la prueba según el empleo al cual aspira.
4. La descripción de competencias comportamentales a evaluar por nivel jerárquico del empleo».

96. Ahora bien, el cargo endilgado se centra en que el cuestionario de la prueba de conocimientos ignoró las pautas dadas por el Acuerdo 548 de 13 de agosto de 2015 e inclusive la precisión de los contenidos a los ejes temáticos dados por la CNSC y la Universidad de la Sabana, con lo cual se desconoció el **principio de congruencia**, porque el contenido de las preguntas formuladas en la prueba de competencias básicas y funcionales, no tuvieron relación con los ejes temáticos establecidos para la evaluación, ni con los cargos sobre los cuales se hizo la oferta pública.

⁴⁸https://historico.cnsc.gov.co/DocumentacionCNSC/Convocatorias/331_de_2015_Migracion_Colombia/Guias/ejes-tematicos.pdf





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

97. Al respecto, es de precisar que el objeto de la controversia, como ya se indicó son los Acuerdos en mención, cuyo análisis de legalidad es el que ocupa a la Sala, por lo que, no puede pretenderse a través de la presente acción, que se efectúe un control de legalidad sobre todos los procedimientos posteriores y los actos administrativos que se profirieron en el desarrollo del concurso de méritos pues ese no es el objeto del medio de control de nulidad simple.

98. Se advierte entonces, que el cuestionamiento que se pretende endilgar a los Acuerdos objeto de la demanda no deviene de estos, sino de actuaciones posteriores, por lo que mal puede la Sala asumir el análisis de las preguntas realizadas en la prueba de competencias básicas y funcionales, toda vez que el Acuerdo 548 de 13 de agosto de 2015, estableció algunas pautas de carácter general que no se advierte que hayan sido desconocidas por la parte pasiva de la *litis*.

99. De acuerdo con lo anterior, se denegará el cargo propuesto.

3.4.3. Tercer problema jurídico. ¿Los Acuerdos demandados incurrieron en desconocimiento del Decreto 4057 de 2011 y la Ley 790 de 2002 y en consecuencia desconocieron los derechos o prerrogativas de los sujetos de especial protección?

100. Para abordar este tema es necesario recordar que tanto la Corte Constitucional como esta Corporación han reiterado que las personas que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad no gozan de la misma estabilidad de quienes agotaron un concurso de méritos. En efecto, se les ha asimilado a quienes están nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción.

101. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que si la persona que está en provisionalidad se encuentra en una situación de especial protección constitucional, como el caso de las madres o padres cabeza de familia, las personas próximas a pensionarse, con discapacidad o con enfermedades catastróficas la garantía de sus derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades, dependen del reconocimiento de la estabilidad laboral, el cual debe darse luego de una ponderación entre esos derechos y los principios de la carrera administrativa⁴⁹.

102. Empero, dicha pauta no implica que los sujetos de especial protección puedan permanecer de forma indefinida en el cargo,

⁴⁹ Sentencia SU-446 del 2011





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

pues ello implicaría ignorar los derechos de quienes participaron en el concurso y quedaron en la lista de elegibles, sino que se deben adoptarse acciones afirmativas que permitan garantizar sus derechos. En efecto, en sentencia SU-446 del 2011, la Corte Constitucional trató se refirió a la situación de las personas que están en circunstancias como las antes señaladas y ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Al respecto, sostuvo:

«[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando [...]»



103. Posteriormente, la Corte Constitucional⁵⁰ comenzó a aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, sosteniendo que, en casos en que el cargo ocupado por una persona próxima a pensionarse es ofertado en un concurso de méritos entran en tensión los derechos del aspirante que superó el concurso para acceder al cargo y la protección de los derechos del prepensionado, sin que sea posible resolverse únicamente a favor de alguno, sino que debe realizarse una ponderación de los derechos que no afecte el núcleo esencial de ninguno de los dos. En estos casos, las autoridades deben interpretar las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos de los involucrados, pues no pueden aplicarse de forma independiente la normativa sobre carrera administrativa.

104. De otra parte, en sentencia T- 595 de 2016 la Corte se refirió a la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, oportunidad en la que indicó:

⁵⁰ Ver entre otras: sentencias T-729 del 2010, T-017 del 2012 y T-186 del 2013



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

«[...] En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales [...] **con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera.** [...] Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos» (Negrilla de la Sala).

105. Ahora bien, para el caso de los prepensionados, la Ley 1955 de 2019 «por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”» introdujo en el ordenamiento jurídico una pauta normativa de protección previa a la realización del concurso de méritos:

«ARTÍCULO 263. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el artículo 9° de la Ley 1033 de 2006.

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la CNSC, a través de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.



Parágrafo 1°. Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Parágrafo 2°. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios. Para el efecto, las listas de elegibles que se conformen en aplicación del presente artículo tendrán una vigencia de tres (3) años.

El jefe del organismo deberá reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación de la presente ley, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo. » (Subrayas de la Sala).

106. De la norma en cita se extraen dos soluciones normativas, dependiendo de la situación de especial protección y de la fecha de vinculación y realización del concurso, es decir:

- (i) **En el caso de los pre pensionados:** Los empleos con vacancia definitiva provistos con nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y a cuyos titulares al 25 de mayo de 2019 les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional. Por tanto, **los concursos que se realizaron por parte de la CNSC posterior al 25 de mayo de 2019** debieron tener en cuenta lo previsto en la anterior norma transcrita y por ende, estos cargos no debieron ser ofertados.
- (ii) **Para el caso de los demás sujetos de especial protección.** Tanto antes, como después de la expedición de la Ley 1955 de 2019, en el caso de las madres y padres cabeza de familia y, quienes se encuentren en situación de discapacidad, que vayan a ser desvinculados como consecuencia de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, esto, sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.



107. Por último, es importante precisar que el máximo tribunal constitucional⁵¹ ha reiterado que no se debe confundir la figura del retén social con la condición de prepensionado ostentada por un trabajador; mientras la primera se creó mediante la Ley 790 de 2002 para evitar la desvinculación de las personas que estuvieran cercanas a adquirir el estatus pensional cuando se adelantara el programa de renovación pública de la Rama Ejecutiva del poder público, la segunda se deriva de los mandatos constitucionales de protección a grupos vulnerables.

108. En este caso el argumento central de la parte accionante consiste en que los cargos ocupados por sujetos de especial

⁵¹ Ver entre otras: T-326-14 y T-186-13.



Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

protección constitucional no debieron ser ofertados para la realización de la convocatoria 331 de 2015 de la UAEMC, situación que, según la demanda, desconoció tanto el Decreto 4057 de 2011, como la Ley 790 de 2002.

109. Como ya se vio, el citado Decreto 4057 de 2011 en su artículo 6.º frente a los servidores en provisionalidad estableció que «El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva» [...] «Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).»

110. La norma igualmente precisó que los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley 790 de 2002 se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). La citada Ley en su artículo 12 estableció:

«Artículo 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.»

111. Para resolver este punto específico es necesario entender que con ocasión de la supresión del DAS surgió un escenario inicial para quienes se encontraban ocupando cargos en provisionalidad de esa entidad y además fuesen sujetos de especial protección; en ese específico evento, al suprimirse su cargo no podrían ser retirados del servicio y por ende se les concedió la oportunidad de ser incorporados en la planta de personal de la entidad receptora **en la misma condición de provisionalidad** que ostentaban.

112. Ahora bien, una segunda etapa o escenario surgió después para los sujetos de especial protección que fueron incorporados a la UAEMC, toda vez que ésta solicitó a la CNSC la realización del concurso de méritos para proveer en forma definitiva los cargos de carrera de su planta de personal.

113. En este segundo evento se deben aplicar las pautas dadas por la jurisprudencia constitucional, según las cuales, en tratándose





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

de un concurso de méritos, realizado en los años 2015-2016, los cargos de carrera que se encontraban vacantes y eran ocupados en provisionalidad por sujetos de especial protección, **podían ser objeto de inclusión en la oferta pública de empleo** y en caso de contar con lista de elegibles, se debían adoptar acciones positivas para lograr la protección de los empleados salientes⁵², así como el derecho de acceso a la carrera administrativa de los concursantes.

114. En este sentido, es evidente que no gozan de vocación de prosperidad los argumentos según los cuales los citados empleos no debieron ser objeto de oferta en la convocatoria 331 de 2015 de la UAEMC, razón que impone denegar el tercer cargo.

3.4.4. Cuarto cargo. ¿Las entidades demandadas desconocieron el artículo 29 constitucional y con ello el derecho de defensa y contradicción de los participantes que solicitaron la revisión de análisis y de las preguntas y respuestas dadas en el desarrollo de las pruebas de la Convocatoria 331 de 2015?

115. Este cargo consistió en que se impidió la revisión exhaustiva y detallada de las pruebas y resultados obtenidos, lo que imposibilitó a los concursantes ejercer de manera adecuada sus derechos de defensa y contradicción, como el caso de Martha Isabel Rodríguez Amaya y Fernando Enrique Bernal Romero, quien puso en conocimiento irregularidades de seguridad y custodia de las pruebas el día del examen, tales como el manejo y restricción de equipos celulares, inconsistencias en las indicaciones de respuesta dadas en el cuadernillo de preguntas y otras en el de respuestas, entre otras».

116. Es de reiterar que en este caso nos encontramos en el escenario del medio de control de nulidad promovido en contra de los Acuerdos (i) 548 de 13 de agosto de 2015, (ii) 552 de 3 de septiembre de 2015, (iii) 556 de 11 de septiembre de 2015 y (iv) 201600000096 de 31 de mayo de 2016, por medio de los cuales se convocó 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 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia UAEMC.

117. En este sentido, no puede abarcar la Sala el análisis de etapas posteriores del concurso, pues ello desbordaría el marco del medio de control y, por ende, de la fijación del litigio.

⁵² Las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez.





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

118. Empero, es de destacar que el Acuerdo 548 de 13 de agosto de 2015 sí consagró el procedimiento que debía atenderse para realizar las reclamaciones a los resultados obtenidos en las pruebas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales, sin que se haya formulado algún reparo contra el mismo. En efecto, el mencionado Acuerdo dispone frente a las reclamaciones:

ARTÍCULO 34°. ATENCIÓN Y RESPUESTA A LAS RECLAMACIONES SOBRE LOS RESULTADOS DE LAS PRUEBAS SOBRE COMPETENCIAS BÁSICAS Y FUNCIONALES Y COMPORTAMENTALES. Las reclamaciones de los aspirantes por los resultados de las pruebas escritas sobre competencias básicas y funcionales, y comportamentales, se recibirán y decidirán por la universidad, institución universitaria e 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. 331 de 2015 – Migración Colombia".

El plazo para realizar las reclamaciones es de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente a la publicación de los resultados, en consonancia con lo establecido en el artículo 13 del Decreto ley 760 de 2005 y demás normas concordantes, según corresponda.

Dentro de la oportunidad para presentar reclamaciones, los aspirantes que manifiesten en la misma la necesidad de acceder a las pruebas presentadas lo harán a través del aplicativo diseñado para las reclamaciones; atendiendo para ello la citación del aspirante y el protocolo que para el efecto se establezca. A partir del día siguiente al acceso a los documentos objeto de reserva, el aspirante contará con un término de dos (2) días para completar su reclamación, para lo cual, se habilitará el aplicativo a reclamaciones solo por este término. Lo anterior en concordancia con el Acuerdo 545 del 04 de agosto de 2015.

Contra la decisión que resuelve las reclamaciones no procede ningún recurso.

ARTÍCULO 35°. RESPUESTA A RECLAMACIONES. Para atender las reclamaciones, la universidad, institución universitaria e institución de educación superior contratada, podrá utilizar la respuesta conjunta, única y masiva, de conformidad con la Sentencia T- 466 de 2004 proferida por la Honorable Corte Constitucional.

Contra la decisión que resuelve las reclamaciones no procede ningún recurso.

ARTÍCULO 36°. CONSULTA RESPUESTA A RECLAMACIONES. En la fecha que disponga la CNSC, a través del Despacho responsable de la Convocatoria, que será informada con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles, en la página web de la CNSC www.cnsc.gov.co y en la de la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que contrate la CNSC, el aspirante podrá ingresar al aplicativo de reclamaciones registrando la información de seguridad solicitada y consultar la respuesta emitida por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior contratada, a la reclamación presentada.

ARTÍCULO 37°. RESULTADOS DEFINITIVOS DE LAS PRUEBAS BÁSICAS Y FUNCIONALES Y COMPORTAMENTALES. Las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivos de cada una de las pruebas, se publicarán en la página Web www.cnsc.gov.co, en el link "Convocatoria No. 331 de 2015 – Migración Colombia" y en la de la universidad, institución universitaria e institución de educación superior contratada.

119. Las citadas disposiciones establecieron el procedimiento que debía surtir ante las inconformidades de los participantes sobre los resultados obtenidos en las pruebas de competencias básicas funcionales y comportamentales para lo cual le atribuyó a la entidad universitaria contratada por la Comisión Nacional del Servicio Civil la competencia para pronunciarse sobre las reclamaciones.

120. En este sentido al no formularse ningún argumento de disenso en contra de las disposiciones establecidas a partir del artículo 34 del Acuerdo 548 de 13 de agosto de 2015 es apenas evidente que no hay lugar a declarar la prosperidad del cargo formulado.

121. Así las cosas, de acuerdo con todo lo anterior la Sala concluye que los acuerdos demandados no incurren en los cargos





Nulidad simple

Radicado: 11001-03-25-000-2016-01163-00 (5183-2016)

Demandante: Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros

endilgados, por lo que habrá de denegar las súplicas de la demanda como así se hará.

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

FALLA

PRIMERO.- NEGAR las súplicas de la demanda de nulidad interpuesta por Olga Patricia Gutiérrez Carrascal y otros, contra los Acuerdos (i) 548 de 13 de agosto de 2015, (ii) 552 de 3 de septiembre de 2015, (iii) 556 de 11 de septiembre de 2015 y (iv) 2016000000096 de 31 de mayo de 2016, por medio de los cuales se convocó 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 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia -UAEMC-, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO.- Reconocer personería al abogado Javier Santiago Trujillo, portador de la T.P. 293.773 del C. de la J. para actuar en el presente proceso como apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, en los términos y para los fines del poder otorgado visible en el índice 82 del sistema SAMAI.



TERCERO. Efectuar las anotaciones correspondientes en el Sistema de Gestión Judicial – “SAMAI”, y ejecutoriada esta providencia archivar el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Consejero de Estado

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Consejero de Estado

Consejero de Estado

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual está disponible en el Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>