

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO N°.	11001-33-42-055-2016-00448-00
DEMANDANTE:	OSWALDO RIVEROS MORENO
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC
TEMA:	REINTEGRO
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA N°. 071

Procede el despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponde, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, presentada por el señor Oswaldo Riveros Moreno, a través de apoderada judicial, en contra del Departamento de Cundinamarca y la Comisión Nacional del servicio Civil –CNSC (vinculada), formulando los siguientes,

I. PRETENSIONES

“PRIMERA: Que se declare la Nulidad de la Resolución No. 1036 de 10 de diciembre de 2015, proferida por la Secretaría de la Función Pública del Departamento de Cundinamarca, mediante la cual, se nombró en periodo de prueba en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 de la Subdirección de impuesto de Registro Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda, a la señora **INGRID ROSSANA FERRER BUITRAGO** y a su vez, se declaró insubsistente el nombramiento de mi mandante **OSWALDO RIVEROS MORENO** en el mismo cargo.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, a reintegrar de forma inmediata a mi mandante **OSWALDO RIVEROS MORENO** en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 de la Subdirección de impuesto de Registro - Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaria de Hacienda.

TERCERA: Que, como consecuencia del anterior reintegro, se condene al **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, a reconocer y pagar a mi mandante los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde la fecha en que fue declarado insubsistente su nombramiento, hasta la fecha en que efectivamente sea reintegrado al cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 de la Subdirección de impuesto de Registro - Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaria de Hacienda.

CUARTA: Que se ordene al **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, que dé cumplimiento al fallo dentro del término de treinta (30) días y que pague los intereses moratorios a que se refiere el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTA: Que se condene en costas a la entidad demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, teniendo en cuenta la posición jurisprudencial

adoptada por el H. Consejo de Estado, mediante sentencia de 7 de abril de 2016¹.”

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos fueron estudiados y señalados, en la audiencia inicial de 22 de julio de 2019, como consta en acta y CD visibles de folios 175 a 179 y 186 del expediente, así:

“PRIMERO: Mediante Decreto N°. 222 de 27 de septiembre de 2013, proferido por el entonces Gobernador de Cundinamarca, se modificó parcialmente la planta de empleos del sector central de la Administración Pública Departamental, y dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º. Suprimanse los siguientes empleos de la planta de empleos del sector central de la Administración Pública Departamental:

No. De Empleos	Denominación del Empleo	Código	Grado
Un (1)	Gerente	67	3
Un (1)	Asesor	105	10
Un (1)	Profesional	222	9
Un (1)	Profesional	219	3
Un (1)	Médico	211	1
Cinco	Total	-	

Artículo 2º. Créanse los siguientes cargos dentro de la planta de empleos del sector central de la Administración Pública Departamental:

No. De Empleos	Denominación del Empleo	Código	Grado
Tres (3)	Asesor	105	5
Un (1)	Asesor	105	4
Uno (1)	Profesional	222	10
Un (1)	Profesional	219	5
Tres (3)	Profesional	219	3
Doce	Profesional	219	2
Dos (2)	Técnico	314	4
Nueve	Técnico	314	1
Treinta y dos (32)	Total		

Artículo 2º. La Secretaría de la Función Pública distribuirá los cargos creados dentro de la planta de empleos del sector central de la Administración Pública Departamental mediante acto administrativo y ubicará el personal, teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes y programas Departamentales.”

Como se puede observar, a partir del 27 de septiembre de 2013, se crearon dos cargos de Técnico Operativo Código 314 Grado 04, uno de los cuales fue ubicado en la Subdirección de impuestos de Registro – Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaria de Hacienda.

SEGUNDO: Mediante Resolución No. 920 de 7 de noviembre de 2013, proferido por el Gobernador de Cundinamarca, se nombró con carácter provisional a mi mandante, en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 de la

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección “A”. CP: William Hernández Gómez Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01

Subdirección de impuesto de Registro – Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda.

TERCERO: *Mediante oficio de 8 de noviembre de 2013, mi mandante **OSWALDO RIVEROS MORENO** aceptó la designación en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 de la Subdirección de impuesto de Registro – Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda.*

CUARTO: *Mediante Resolución No. 269 de 5 de mayo de 2014, se prorrogó el nombramiento de mi mandante en provisionalidad por seis (6) meses más en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 de la Subdirección de impuesto de Registro – Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda.*

La anterior decisión le fue comunicada mediante oficio de 5 de mayo de 2014.

QUINTO: *Mediante Resolución No. 0381 de 5 de noviembre de 2014, se prorrogó el nombramiento de mi mandante en provisionalidad por seis (6) meses más en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 de la Subdirección de impuesto de Registro – Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda.*

La anterior decisión le fue comunicada mediante oficio de 5 de mayo de 2014.

(...)

SÉPTIMO: *Mediante Resolución No. 4163 de 13 de octubre de 2015, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, se conformó la lista de Elegibles para proveer una vacante del empleo OPEC 34864 ofertado en el Grupo II de la Convocatoria No. 001 de 2005, esto es, el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04, y en dicho acto administrativo se determinó que la primera en la lista era la señora **INGRIG ROSSANA FERRER BUITRAGO**.*

OCTAVO: *Mediante Resolución No. 1036 de 10 de diciembre de 2015, proferida por la Secretaría de la Función Pública del Departamento de Cundinamarca, se nombró en periodo de prueba en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 de la Subdirección de Impuesto de Registro – Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda, a la señora **INGRID ROSSANA FERRER BUITRAGO** y a su vez, se declaró insubsistente el nombramiento de mi mandante **OSWALDO RIVEROS MORENO** en el mismo cargo.*

Dicho acto administrativo le fue comunicado a mi mandante el día 10 de diciembre de 2015.

NOVENO: *Mediante oficio de 7 de enero de 2016, se le comunicó a mi mandante que el día 8 de enero de 2016, la señora **INGRID ROSSANA FERRER BUITRAGO** se posesionaría en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 04 de la Subdirección de impuesto de Registro – Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda, y que a partir de dicha fecha se entendería declarado insubsistente automáticamente el nombramiento de mi mandante en dicho cargo.*

DÉCIMO: *Mediante Resolución No. 213 de 25 de enero de 2016, proferida por la Secretaría de la función Pública del Departamento de Cundinamarca, se liquidaron las prestaciones sociales adeudadas a mi mandante, y se ordenó su correspondiente pago.”*

III. NORMAS TRANSGREDIDAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante manifestó como normas trasgredidas:

De orden legal: el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1 del Decreto 1894 de 2012.

Señaló que, dentro de la Convocatoria N°. 001 de 2005, se ofertaron varios empleos de técnico operativo código 314 grado 04, de la planta de empleos de la Gobernación de Cundinamarca, y que el cargo que ella desempeñaba en la Subdirección de Impuesto de Registro - Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda, a pesar de tener la denominación de Técnico Operativo Código 314 Grado 04, no fue ofertado en la citada convocatoria, razón por la cual, no podía ser provisto de forma definitiva con una lista de elegibles de un concurso donde no fue ofertado, porque no había sido creado y no se le permitió presentarse.

Manifestó que, la lista de elegibles originada en la Convocatoria N°. 001 de 2005, no podía ser utilizada para proveer en forma definitiva el cargo de técnico operativo, código 314, grado 04 de la Subdirección de Impuesto de Registro - Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda, por dos razones: la primera, porque ese cargo, solo fue creado en el año 2013, es decir, ocho años después de realizada la Convocatoria N°. 001 de 2005, en segundo lugar, porque el cargo que desempeñaba en provisionalidad, no fue ofertado en dicha convocatoria.

IV CONTESTACION DE LA DEMANDA

1. Departamento de Cundinamarca

Dentro del término de traslado contestó la demanda (fls. 56 a 69), y se opuso a las pretensiones.

Señaló que, el cargo de técnico operativo código 314, grado 04, que ocupaba en provisionalidad el demandante, no es el mismo que fue ofertado en la Convocatoria N°. 001 de 2005, toda vez que el cargo que se ofertó en esa convocatoria, por la Secretaría Seccional de Salud (descentralizada del Departamento de Cundinamarca) fue suprimido, situación informada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, una vez fueron incorporados a la planta global del departamento, los empleos de la citada secretaría; solicitando que el cargo código 314, grado 04 fuera suprimido de la convocatoria; no obstante la CNSC, emitió lista de elegibles y ordenó hacer el nombramiento.

Agregó que, el cargo que ocupaba en provisionalidad el accionante, era un cargo que coincidía en denominación y funciones con el ofertado por la Secretaría Seccional de Salud, técnico operativo código 314, grado 04, por perfil y competencias.

Indicó que, es evidente la legalidad del acto administrativo acusado, como quiera que la Constitución Política, normas y pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes, habilitan a las entidades a declarar insubsistentes los nombramientos en cargos en provisionalidad, a fin de nombrar en carrera a las personas que integran la lista de elegibles por parte de la CNSC, siempre y cuando sean similares los perfiles, competencias y funciones del cargo en provisionalidad.

2. Comisión Nacional del Servicio Civil

Dentro del término de traslado contestó la demanda (fls. 147 a 158), y se opuso a las pretensiones.

Precisó que, en la base de datos de la Convocatoria N°. 001 de 2005, se constató que el demandante, se inscribió y presentó la prueba básica general de preselección - PBGP el 10 de diciembre de 2006, obteniendo un puntaje de 69 puntos, lo que habilitaba para continuar con la Fase II. Posteriormente, siguiendo las directrices de la CNSC, para los concursantes del nivel técnico y asistencial, correspondiente a la aplicación IV, el señor Riveros Moreno, realizó su inscripción para la prueba N°. 151.

Agregó que, escogida la actividad de desempeño, fue citado a la presentación de pruebas de competencias laborales y obtuvo el siguiente puntaje; prueba funcional: 68.68 prueba comportamental: 79.82, con las cuales, fue habilitado para realizar escogencia de empleo, proceso que el demandante realizó en la etapa 2 del grupo I, momento en el cual, escogió el empleo identificado OPEC 39603 denominado técnico operativo, código 314, grado 01, reportado por el Departamento de Cundinamarca.

Afirmó que, el 16 de marzo de 2011, se publicó en la página de la CNSC, la lista de no admitidos para el empleo identificado con número OPEC 39603, en la cual figuraba el demandante, debido a que no cumplió con los requisitos mínimos. Luego, no continuó en el proceso de selección en el marco de la citada convocatoria y no conformó parte de ninguna lista de elegibles.

Indicó que, con el empleo N°. 34864, en aras de garantizar la observancia de los derechos de los aspirantes para acceder a un empleo público como resultado de un concurso de méritos, la CNSC, mediante con radicado de salida N°. 2014EE8196 de 10 de marzo de 2014, informó a la secretaría de la función pública del Departamento de Cundinamarca, que teniendo en cuenta que para algunos empleos reportados en la Convocatoria N°. 001 de 2005, entre ellos el 34864, se contaba con aspirantes inscritos, no era posible modificar las condiciones bajo las cuales se había realizado la inscripción, siendo así que, la entidad debía señalar los empleos vacantes o que estuvieran siendo desempeñados por servidores en condición de provisionales, que cumplieran con el perfil de empleo, a fin de garantizar los derechos de los elegibles, que por mérito debían ser nombrados en los empleos para los que concursaron.

Expresó que, las señoras Ángela Teresa Venegas Hernández e Ingrid Rossana Ferrer Buitrago, se inscribieron para el empleo N°. 34864, ofertado en el grupo II de la Convocatoria N°. 1 de 2005, superando satisfactoriamente las diferentes etapas del proceso de selección.

Agregó que, siendo procedente adoptar y conformar la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo N°. 34864, denominado técnico operativo, código 314, grado 04, ofertada en el grupo II de la Convocatoria N°. 001 de 2005, la señora Ferrer Buitrago, superó las etapas de selección, ocupando el primer lugar.

V. AUDIENCIA INICIAL

El 23 de abril de 2018, fue llevada a cabo audiencia inicial², en la cual, se verificó la asistencia de las partes, se resolvió la excepción de falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva, y se decidió vincular a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como litis consorte necesario de la parte pasiva.

Posteriormente, el 22 de julio de 2019, se continuó con la audiencia inicial³, se verificó la asistencia de las partes, se resolvieron las excepciones presentadas por las entidades demandadas, se establecieron los hechos probados, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación, se decretaron las pruebas de las partes y de oficio.

² Fls. 135 a 137 del expediente.

³ Fls. 175-179 y 186 del expediente.

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Seguidamente, el 26 de agosto de 2019, se realizó la audiencia de pruebas⁴, se verificó la asistencia de las partes, se incorporó el recaudo probatorio, y se decidió sobre el desistimiento de pruebas testimoniales.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Departamento de Cundinamarca: presentó alegatos de conclusión, visibles a folios 267 a 268, reafirmando los planteamientos de la contestación de la demanda, e indicó que el cargo que ocupaba en provisionalidad el señor Oswaldo Riveros Moreno, era un cargo que coincidía en denominación y funciones, con el ofertado por la Secretaría Seccional de Salud, técnico operativo código 314, grado 04, por perfil y competencias.

2. Demandante: presentó alegatos de conclusión, visibles a folios 270 a 274, y manifestó que el Departamento de Cundinamarca, reportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como vacante en forma definitiva el cargo de técnico operativo código 314 grado 04 de la Subdirección de Impuestos de Registro – Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda, empleo que fue creado mediante Decreto 222 del 27 de septiembre de 2013, cargo que dada la fecha de creación, no hizo parte de la Convocatoria N°. de 2005, realizado por la CNSC.

3. Comisión Nacional del Servicio Civil: presentó alegatos de conclusión, visibles a folios 276 a 279, se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que el insumo para llevar a cabo los procesos de selección, para proveer los cargos de carrera administrativa, es suministrado por las entidades destinatarias.

Agregó que, la CNSC, adelantó los procesos de selección de acuerdo a la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC, reportada por las entidades, la cual, es fiel copia del manual de funciones y competencias laborales vigente y conforme a lo establecido en el artículo 32 del decreto Ley 785 de 2005, estos son competencia de cada entidad.

Expresó que, la planta de personal del Departamento de Cundinamarca, es global desde el año 2006, y a la hora de conformarse la lista de elegibles, lo procedente es el nombramiento del elegible, sobre quien recae el derecho subjetivo y concreto de ser nombrado, en determinado empleo, indistintamente de la secretaría en la que se vaya a proveer el cargo, el nombramiento del elegible procede donde se ubique la vacante, sea en la Secretaría de Salud Departamental, o si no es posible, en la Secretaría de Hacienda Departamental, según disponga el ente territorial que es nominador y administra su planta de personal; por cuanto, la CNSC, no coadministra las plantas de personal de las entidades.

4. Ministerio Público: no emitió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES

Cuestión Previa

Falta de legitimación por activa y por pasiva

Es necesario antes de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, estudiar si se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC.

⁴ Fls. 249-251 y 253 del expediente.

Así pues, en lo referente a la legitimación en la causa, el Consejo de Estado ha establecido que corresponde, a:

“La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. [...] la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia. [...] la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas [...] la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso.”⁵

En cuanto a la falta de legitimación por activa, se debe poner de presente que el Consejo de Estado, en la citada providencia señaló:

*“La legitimación en la causa por activa supone la verificación de que **quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso** y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas –lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial– sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial.”* Negrillas fuera de texto

En consideración a lo anterior, se aclara que, el Departamento de Cundinamarca, no ostenta la condición de parte demandante, sino de demandada, es decir, no hay lugar a estudiar respecto de esta la excepción planteada.

En relación al señor Oswaldo Riveros Moreno, contrario a lo señalado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el acto administrativo controvertido corresponde a la Resolución N°. 1036 de 2015 y no a la Resolución N°. 4163 del 13 de octubre de 2015, mediante la cual se nombró en periodo de prueba a la señora Ingrid Rossana Ferrer Buitrago, y en consecuencia, declaró insubsistente el cargo del demandante; por tanto, es clara la existencia de interés jurídico por parte del señor Riveros Moreno, luego, no hay lugar a declarar la configuración de la excepción.

De otra parte, en cuanto a la falta de legitimación por pasiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se debe traer a colación que el artículo 130 de la Constitución Política, establece que es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

A su vez, el artículo 7 de la Ley 909 de 2004, determina sobre la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que:

“ARTÍCULO 7. Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de

⁵ CONSEJO DE ESTADO Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”, CP. Enrique Gil Botero. Sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012), radicación número: 05001-23-31-000-1995-00575-01(24677).

las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad [...].”

Es así como, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, tiene las facultades permanentes de elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera y establecer los lineamientos generales, con que se desarrollaran los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera administrativa de las entidades, que se rigen por la Ley 909 de 2004.

En cuanto a las funciones relacionadas con la carrera administrativa y de vigilancia de la CNSC, se encuentran establecidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004; siendo que las de vigilancia las puede adelantar de oficio o a petición de parte y corresponden, a: *i.* verificar y controlar la gestión de procesos con el fin de observar la adecuación o no al principio del mérito, una vez se encuentren publicadas las convocatorias, *ii.* conocer de las reclamaciones sobre inscripciones en el registro de empleados públicos, de los empleados de carrera administrativa y *iii.* velar por la aplicación correcta de los procedimientos de evaluación del desempeño de los empleados de carrera.

De otra parte, las funciones relacionadas con la convocatoria a concursos públicos, se consagran en el artículo 11 ibidem, así:

“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;

(Ver Acuerdos de la C.N.S.C. de cada convocatoria)

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;

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.”
Negrillas fuera de texto

En ese orden, se tiene que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, es un órgano autónomo que, en virtud de los principios de coordinación y colaboración, administra y vigila la carrera administrativa.

Es decir, se advierte que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la Resolución N°. 4163 de 13 de octubre de 2015, conformó la lista de elegibles para proveer un empleo en el Departamento de Cundinamarca, dentro de la Convocatoria N°. 001 de 2005, donde señaló:

“[...]

Analizado el caso ocurrido en el empleo No. 34864 y en aras de garantizar la observancia de los derechos de los aspirantes a acceder a un empleo público como resultado de un concurso de méritos, la CNSC mediante radicado de salida No. 2014EE8196 de 10 de marzo de 2014 informó la Secretaría de la Función Pública de la Gobernación de Cundinamarca, que teniendo en cuenta que para algunos empleos reportados en la Convocatoria 001 de 2005, entre ellos el 34864, se contaba con aspirantes inscritos, no era posible modificar las condiciones bajo las cuales se había realizado la inscripción, por lo cual la entidad debía señalar los empleos vacantes o que estuvieran siendo desempeñados por servidores en calidad de provisionales que cumplieran con el perfil del empleo, a fin de garantizar los derechos de los elegibles que por mérito debían ser nombrados en los empleos para los que concursaron.

[...]”

Así pues, contrario a lo manifestado por la entidad, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, se encuentra legitimada en la causa por pasiva, toda vez que, fue ella quien solicitó que se reportaran los empleos vacantes o que se estuvieran desempeñando por servidores en condición de provisionales, que cumplieran con el perfil del empleo ofertado en la Convocatoria N°. 001 de 2005, así como, fue quien

conformó la lista de elegibles utilizada para el proveer el cargo que desempeñaba el demandante, en condición de provisional.

En conclusión, se negarán las declaraciones de la excepción de falta de legitimación en la causa.

Problema Jurídico

Tal como se estableció en la fijación del litigio, realizada la audiencia inicial de 22 de julio de 2019 (fls. 175 a 179 y 186), consiste en determinar: si la entidad demandada al declarar insubsistente el nombramiento del señor Oswaldo Riveros Moreno, actuó conforme a derecho o si por el contrario, su desvinculación no estuvo de acuerdo a los mandatos legales y como consecuencia, tiene derecho a ser reintegrado reconociéndole todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que fue declarado insubsistente hasta el reintegro, como lo pretende en la demanda.

Acervo Probatorio

En el expediente obran las siguientes:

- Respuesta de 10 de noviembre de 2005, emitida por el Profesional Especializado de Talento Humano del Departamento de Cundinamarca a la circular N°. 007 del 12 de septiembre de 2005 de la CNSC (fl. 84)
- Resolución N°. 0171 del 5 de diciembre de 2005, proferida por la CNSC, a través de la cual se convoca al proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa de las Entidades y Organismos de los órdenes Nacional y Territorial regidas por la Ley 909 de 2004, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa (fl. 1 del archivo 19 del cd visible a folio 162)
- Resolución N°. 574 del 19 de mayo de 2006, expedido por la CNSC, por la cual se suspende los términos definidos para el concurso público CNSC - 001 – 2006 (fl. 1 del archivo 20 del cd visible a folio 162)
- Decreto 00112 del 29 de junio de 2006 (fl. 1 del archivo 6 del cd visible a folio 248)
- Oficio de 11 de julio de 2006, emitido por la Secretaria de Despacho - Secretaría de Función Pública del Departamento de Cundinamarca, dirigido a la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual informa los ajustes de planta (fl.79)
- Resolución N°. 00139 del 31 de julio de 2006 (fl. 1 del archivo 5 del cd visible a folio 248)
- Resolución N°. 1382 del 3 de agosto de 2006, expedido por la CNSC, por medio del cual se ajusta y modifica la Convocatoria 001 de 2005 (fls. 208 a 212)
- Oficio 065368 del 10 de agosto de 2006, suscrito por la Secretaria de Despacho - Secretaría de Función Pública del Departamento de Cundinamarca, dirigido a la CNSC, a través del cual solicita autorización para acceder al aplicativo en la página Web y registrar nuevamente todos los empleados a proveer mediante concurso, entre otros aspectos. (fls. 80 a 81)
- Oficio N°. 069173 del 23 de agosto 2006, suscrito por la Secretaria de Despacho - Secretaría de Función Pública del Departamento de Cundinamarca mediante el cual se da alcance al oficio anterior y al informe de modificación de cargos (fls. 82 a 83)
- Acuerdo 21 de 10 de abril de 2008, emitido por la CNSC, por medio del cual se adoptan los lineamientos generales para desarrollar la segunda fase o de aplicación de pruebas específicas de la Convocatoria N°. 001 de 2005 para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la Ley 909 de 2004 (fl. 1 del archivo 2 del cd visible a folio 162)

- Resolución N°. 131 del 10 de abril de 2008, proferida por la C.N.S.C., mediante la cual se modifica la Convocatoria 001 de 2005 (fl. 1 del archivo 18 del cd visible a folio 162)
- Acuerdo N°. 077 del 26 de marzo de 2009, expedido por la CNSC, por medio del cual se fijan los lineamientos generales para desarrollar la segunda fase o de aplicación de pruebas específicas de la Convocatoria N°. 001 de 2005 para la provisión de los empleos de carrera administrativa de los niveles técnico y asistencial de las entidades a las cuales se aplica la Ley 909 de 2004 (fl. 1 del archivo 4 del cd visible a folio 162)
- Acuerdo N°. 105 del 12 de junio de 2009, emitido por la CNSC, por medio del cual se adiciona el Acuerdo 77 del 26 de marzo de 2009, por el cual se fijan los lineamientos generales para desarrollar la segunda fase o de aplicación de pruebas específicas de la Convocatoria N°. 001 de 2005 para la provisión de los empleos de carrera administrativa de los niveles técnico y asistencial de las entidades a las cuales se aplica la Ley 909 de 2004 (fl. 1 del archivo 3 del cd visible a folio 162)
- Circular N°. 0048 del 4 de septiembre de 2009, emitida por la CNSC, con la cual se indica el impacto de la sentencia C-588 de 2009, proferida por la Corte Constitucional, respecto del acto legislativo N°. 001 de 2008 (fl. 1 del archivo 8 del cd visible a folio 162)
- Modificaciones manuales de funciones (fl. 1 del archivo 16 del cd visible a folio 248)
- Circular N°. 074 de octubre de 2009, proferida por CNSC, por medio del cual se precisa la obligación de los representantes legales de las entidades públicas de reportar la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC (fl. 1 del archivo 9 del cd visible a folio 162)
- Circular N°. 003 del 16 de febrero de 2010, expedido por la CNSC, a través de la cual se precisan fechas e instrucciones para el reporte y actualización de la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC y reporte de empleos provistos con servidores en condición de prepensionados según el Decreto 3905 de 2009 (fl. 1 del archivo 7 del cd visible a folio 162)
- Acuerdo N°. 143 del 09 de marzo de 2010, expedido por la CNSC, por medio de la cual se adiciona un inciso al parágrafo del artículo 13 del Acuerdo 77 del 25 de marzo de 2009 (fl. 233)
- Circular N°. 002 del 25 de enero de 2011, proferida por la CNSC, a través de la cual se indica la obligatoriedad de efectuar los nombramientos en estricto orden de mérito en virtud de las listas de elegibles expedidas por la CNSC (fl. 1 del archivo 6 del cd visible a folio 162)
- Acuerdo N°. 158 del 3 de febrero de 2011, proferido por la CNSC, por la cual se modifica el artículo primero del Acuerdo 143 del 9 de marzo de 2010 (fl. 234)
- Resolución N°. 1807 del 11 de mayo de 2012, emitido por la CNSC, por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución N°. 3734 de agosto de 2011 (fls.242 a 246)
- Decreto 004 del 4 de enero de 2013, expedido por la Gobernación de Cundinamarca (fl. 1 del archivo 2 del cd visible a folio 248)
- Decreto Ordenanza N°. 0008 de 4 de enero de 2013, expedido por el Departamento de Cundinamarca (fl. 1 del archivo 19 del cd visible a folio 248)
- Decreto 0055 de 22 de marzo de 2013, expedido por la Gobernación de Cundinamarca, por medio del cual se suprime la planta de empleos de la Unidad Administrativa Especial de Rentas y Gestión Tributaria de Cundinamarca RECUN y se dictan otras disposiciones (fl. 247)
- Decreto 056 de 22 de marzo de 2013 (fl. 1 del archivo 3 del CD visible a folio 248)
- Resoluciones de 2013, proferido por la Gobernación de Cundinamarca, por la cual se modifica el manual de funciones (fl. 1 de los archivos 9 y 10 del cd visible a folio 248) (fl. 1 del archivo 3 del cd visible a folio 248)
- Nombramientos y actas de posesión para el cargo (CD visible a folio 248)

- Acta de posesión 00307 de 1 de abril de 2013, del señor Edgar Gilberto Ordoñez Romero (fl. 1 del archivo 7 del cd visible a folio 248)
- Sentencia del 14 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual se tutelan los derechos fundamentales de la señora Ángela Teresa Venegas Hernández y se ordena a la CNSC, que le comunique las vacantes disponible para proveer el empleo público denominado Técnico Operativo grado 04 código 314, en cualquiera de las dependencias del departamento de Cundinamarca donde exista dicho cargo, para que ella opte por alguno de ellos y que una vez opte por el empleo público correspondiente, proceda a conformar la lista de elegibles para proveer el empleo público denominado técnico operativo grado 04 código 314, también le ordena que conformadas las listas de elegibles, lo comunique a la Secretaría de Salud del Departamento de Cundinamarca (fl. 1 del archivo 5 del cd visible a folio 162)
- Oficio 2013EE 31324 del 23 de agosto de 2013, emitido por la CNSC, dirigido a la Gobernación de Cundinamarca, relacionada con el cumplimiento del fallo de tutela Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Laboral (fl. 1 del archivo 17 del cd visible a folio 162)
- Decreto N°. 0222 del 27 de septiembre de 2013, proferido por el Gobernador de Cundinamarca, por medio del cual se modificó parcialmente la planta de empleos del sector central de la administración pública departamental, entre otros (fls. 77 a 78)
- Resolución N°. 0920 de 7 de noviembre de 2013, por medio del cual se nombra con carácter provisional al señor Oswaldo Riveros Moreno, en el empleo técnico operativo código 314 grado 04, en la Subdirección de Impuestos de Registro - Dirección de Renta y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda (fl. 14)
- Acta de posesión de 8 de noviembre de 2013 del señor Arturo Sánchez Vargas (fl. 1 del archivo 1 del cd visible a folio 248)
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, de 11 de diciembre de 2013, mediante la cual se revoca el fallo de la señora Ángela Teresa Venegas Hernández, de fecha 14 de agosto de 2013, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (fl. 1 del archivo 10 del cd visible a folio 162)
- OPEC 34864 reportada por la Secretaría de Salud de Cundinamarca (fl. 1 del archivo 11 del CD visible a folio 162)
- Captura de pantalla de los resultados obtenidos por el señor Oswaldo Riveros Moreno en la Convocatoria N°. 001 de 2005 (fl. 1 del archivo 12 del cd visible a folio 162)
- Oficio 2013EE 130 del 3 de enero de 2014, proferido por la CNSC, direccionado a la Jefe Oficina Jurídica y Sindical de la Gobernación de Cundinamarca, relacionado con las vacantes empleo denominado técnico operativo, código 314, grado 04 (fl. 1 del archivo 13 del cd visible a folio 162)
- Oficio 2013EE 762 del 10 de enero de 2014, proferido por la CNSC, dirigido a la señora Ángela Teresa Venegas Hernández, asunto ofrecimiento empleo en cumplimiento fallo tutela (fl. 1 del archivo 14 del cd visible a folio 162)
- Oficio 2014EE 4779 del 13 de febrero de 2014, emitido por la CNSC, dirigido a la señora Ángela Teresa Venegas Hernández, dando respuesta a derecho de petición (fl. 1 del archivo 15 del cd visible a folio 162)
- Oficio 2014EE 7520 de 5 de marzo de 2014, emitido por la CNSC, dirigido a la señora Ángela Teresa Venegas Hernández, dando respuesta a derecho de petición (fl. 1 del archivo 16 del cd visible a folio 162)
- Copias oferta del Departamento de Cundinamarca, OPEC Secretaría de Salud (cd visible a folio 199)
- Oficio de 10 de marzo de 2014 2014EE 8196, proferido por la CNSC, dirigido a la Secretaría de la Función Pública de la Gobernación de Cundinamarca, por medio del cual se solicita información relacionada con la Convocatoria 001 de 2005

referente al reporte de la Oferta Pública de Empleos de carrera administrativa (fl. 1 del archivo 1 del cd visible a folio 162)

- Resolución N°. 00272 del 5 de mayo de 2014, por la cual se prorrogan unos nombramientos (fl. 3 del archivo 1 del cd visible a folio 248)
- Resolución N°. 0752 de 13 de mayo de 2015 (fl. 1 del archivo 8 del cd visible a folio 248)
- Resolución N°. 4163 de 13 de octubre de 2015, por medio de la cual, se conforma la lista de elegibles para proveer un empleo de carrera en la entidad Gobernación de Cundinamarca, convocado a través de la aplicación IV de la convocatoria N°. 001 de 2005, entre otros (fls. 85 a 90)
- Oficio N°. 0-2015EE- 319194 de 13 de noviembre de 2015, proferido por la Coordinadora Provisión de Empleo de la CNSC, de información firmeza lista de elegibles (fl. 95)
- Resolución N°. 1036 de 10 de diciembre de 2015, proferido la Secretaría de la Función Pública del Departamento de Cundinamarca, por medio de la cual se nombró en periodo de prueba dentro de la carrera administrativa la señora Ingrid Rossana Ferrer Buitrago, para desempeñar el cargo de Técnico Operativo código 314 grado 04, de la Subdirección de Impuestos de Registro- Dirección de Renta y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda y como consecuencia el nombramiento provisional del señor Oswaldo Riveros Moreno, quien desempeñaba el empleo de técnico operativo código 314 grado 04, de la Subdirección de Impuestos de Registro- Dirección de Renta y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda, se entenderá declarado insubsistente automáticamente se posesionó en el empleo la señora Ingrid Rossana Ferrer Buitrago (fls. 4-5 del expediente)
- Resolución N°. 0213 de 25 de enero de 2016, a través de la cual, la Secretaría de la Función Pública de Departamento de Cundinamarca, como consecuencia de la declaración de insubsistencia del retiro del demandante, reconoce y ordena el pago de unas prestaciones sociales al demandante (fls. 31 a 34)
- Resolución N°. 1165 de 16 de mayo de 2016, proferida por Gobernación de Cundinamarca, mediante la cual le reliquidan y ordenan el pago de unas prestaciones sociales al demandante (fls. 123 a 124)
- Certificado laboral expedido por la Directora de Talento Humano del Departamento de Cundinamarca (fl. 35)
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Oswaldo Riveros Moreno (fl. 9)
- Hoja de vida del demandante (fls. 100 a 104 y 109 a 111)
- Certificados (fls. 240 a 241)
- Oficio expedido por la Gobernación de Cundinamarca, de fecha 16 de septiembre de 2019 (fl. 256)

IX. NORMAS Y JURISPRUDENCIA

A fin de resolver la controversia, se realiza estudio normativo y jurisprudencial de los temas que atañen al caso, así:

1. Acceso a Empleos Públicos

El artículo 125 de la Constitución Política, estableció que el acceso a los cargos de las entidades del Estado, es a través del sistema de carrera, salvo los de libre nombramiento y remoción, y trabajadores oficiales, sobre esto, la norma dice:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

[...]" Negrillas fuera de texto

A su vez, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004⁶, establece:

“ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. *La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”*

Es así como, la carrera administrativa es el mecanismo preferente para proveer los empleos públicos, una vez cumplidas las etapas del concurso, obteniéndose el derecho subjetivo por parte del participante de ingresar al cargo, derecho que es exigible ante la administración, como ante los que se encuentren desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad, aclarando que dicha circunstancia no varía la naturaleza del cargo que se ocupa.

2. Empleos Provisionales

Debe ponerse de presente que la Ley 909 de 2004, determinó sobre su campo de aplicación, que:

“ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

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

[...]

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

[...]" Negrillas fuera de texto

En otras palabras, la norma estableció que sus disposiciones aplican a las entidades territoriales: departamentos, distrito capital, distritos, municipios y descentralizados.

Ahora bien, se debe traer a colación que el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, establece: ***“Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no***

⁶ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”

fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”
Negrillas fuera de texto

En efecto, la carrera administrativa es el sistema técnico de administración de personal, que tiene como objetivo principal proveer los empleos de carrera de la administración utilizando como criterio el mérito, mediante procesos de selección transparentes y objetivos; sin embargo, excepcionalmente se ha permitido la previsión de empleos de carrera en provisionalidad, para satisfacer las necesidades del personal en casos en que se presentan vacantes definitivas o temporales, mientras son provistos conforme lo establece la ley.

Por su parte, el artículo 31 del mismo ordenamiento estableció como etapas del concurso: *i.* convocatoria, *ii.* proceso de inscripción, *iii.* pruebas, *iv.* listas de elegibles y *v.* periodo de prueba; así, una vez agotado el concurso, las personas que hubiesen aprobado todas las etapas, incluyendo el periodo de prueba, adquieren los derechos de carrera administrativa.

Posteriormente, la Ley 909 de 2004 fue reglamentada parcialmente por el Decreto 1227 de 2005⁷, que señala:

“Artículo 7°. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 1894 de 2012. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3. 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.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad. [...].”

“ARTÍCULO 8°. *Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

*El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, **salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso***

⁷“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.”

en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.

PARÁGRAFO transitorio. Modificado por el Decreto Nacional 3820 de 2005, Modificado por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007, Modificado por el Decreto Distrital 4968 de 2007. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y **nombramiento provisionales**, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. **El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.** Ver Circular de la Comisión Nal. del Servicio Civil 03 de 2005, Ver Circular de la C.N.S.C. 08 de 2005." Negrillas fuera de texto

A su vez, el artículo 10 de dicho ordenamiento, estableció que antes de cumplirse el término de duración del encargo, prórroga o nombramiento provisional, el nominador mediante resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Posteriormente, dicha norma fue derogada por el Decreto 1083 de 2015 que en su artículo 2.2.5.3.3, señala "[...] Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera[...]" y en el artículo 2.2.5.3.4 indica respecto de la terminación del encargo que: "Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."

Ahora bien, el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, estableció que "...Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la Ley y deberá efectuarse mediante acto motivado".

Frente a estos puntos, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 4 de noviembre de 2020, estableció:

"[...]Estas disposiciones ratifican la temporalidad del nombramiento provisional y encargos en empleos vacantes temporalmente mientras se adelanta el concurso. Surtido aquel mecanismo ordinario de provisión de los empleos y vigente la lista de elegibles, es razón suficiente para su terminación.

Las normas citadas regulan las causales de retiro del servicio incluidos los nombrados en provisionalidad. El retiro de tales servidores procede mediante acto motivado, consideración reiterada históricamente a partir de las reglas de la ley 909 de 2004.

Dada la transitoriedad de dichos nombramientos, una vez ocurrida la causa legal advertida en la norma, esto es, cumplida la condición de transitoriedad bien por el **nombramiento del empleado que superó el concurso de méritos** o por la terminación del periodo del nombramiento o su prórroga, se impone el retiro, sin

perjuicio de que antes de cumplirse dicho periodo, pueda ser terminado mediante acto motivado⁸

Es decir que, dada la condición de transitoriedad que ostentan los nombramientos provisionales, éstos pueden ser terminados entre otros motivos, por el nombramiento del empleado que superó el concurso de méritos.

3. Estabilidad en el Cargo

De otra parte, es necesario tener en cuenta que en lo referente a la estabilidad en el cargo, derivado de la naturaleza jurídica del vínculo generado, se establece:

La tercera categoría es la de los empleados provisionales, en estos empleos la vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal” 17. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional (mundo del deber ser) y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad¹⁸.

(...)

*Entonces, se puede advertir que la naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción, así: **(i) los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución.** En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción¹⁹; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación²⁰; en tanto está ocupando provisionalmente un empleo de carrera no uno de libre nombramiento y remoción.*

De allí que la Corte Constitucional viene precisando que entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia²¹, por cuanto el empleo en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera el mismo no es equivalente a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no puede predicarse el ejercicio de una potestad

⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Segunda. Subsección “C”, cuatro (4) de noviembre de dos mil veinte (2020), MP. Dra. AMPARO OVIEDO PINTO, con radicado N°. 11001-33-35-015-2019-00058-01.

discrecional para el retiro del mismo. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.²²

Negrillas fuera de texto

4. Listas de Elegibles

La lista de elegibles, se reguló en los artículos 31 y 33 del Decreto 1227 de 21 de abril de 2005, en los siguientes términos:

“Artículo 31. Dentro de un término no superior a cinco (5) meses contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria, con base en los resultados del concurso y en riguroso orden de mérito, la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad que adelantó el concurso de acuerdo con la respectiva delegación, **elaborará la lista de elegibles para los empleos objeto del concurso.**

[...]

Quienes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar el nombramiento recaerá en la persona que se encuentre en situación de discapacidad; de persistir el empate, este se dirimirá con quien se encuentre inscrito en el Registro Público de Carrera, de continuar dicha situación se solucionará con quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones inmediatamente anteriores, en los términos señalados en el artículo 2° numeral 3 de la Ley 403 de 1997 [...].”

Artículo 33. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 1894 de 2012. Efectuado uno o varios nombramientos con las personas que figuren en la lista de elegibles, **los puestos de la lista se suplirán con los nombres de quienes sigan en orden descendente.**

Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la entidad para la cual se realizó el concurso deberá utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel. De esta utilización la entidad tendrá permanentemente informada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual organizará un banco de listas de elegibles para que, bajo estos mismos criterios, las demás entidades puedan utilizarlas.

La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará el procedimiento y los costos para que las listas de elegibles sean utilizadas por entidades diferentes a las que sufragaron los costos de los concursos.

Parágrafo. Quien sea nombrado y tome posesión del empleo para el cual concursó, para uno igual o similar a aquel, con base en una lista de elegibles, se entenderá retirado de esta, como también aquel que sin justa causa no acepte el nombramiento.

La posesión en un empleo de inferior jerarquía o en uno de carácter temporal, efectuado con base en una lista de elegibles no causa el retiro de esta, salvo que sea retirado del servicio por cualquiera de las causales consagradas en la ley, excepto por renuncia regularmente aceptada.”

Es así como, una vez se provean los empleos objeto del concurso, la entidad convocante podía utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para suplir vacantes que no hubiesen sido incluidas en la oferta pública de empleos de carrera. En atención a lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante el Acuerdo N°. 159 de 2011 reglamentó la conformación, organización, manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles y determinó sobre su uso, que:

“ARTÍCULO 22. Uso de listas de elegibles de la entidad. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la Comisión Nacional del Servicio Civil verifique que se agotó el quinto orden de provisión establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, aplicando la definición de empleo con similitud funcional establecida en el numeral 7 del artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su USO y realizará el cobro respectivo si a ello hubiere lugar.”

“ARTÍCULO 23. Uso de listas generales de elegibles. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la CNSC verifique que con la aplicación del criterio establecido en el artículo anterior no fue posible realizarla, se procederá al uso de las listas generales de elegibles en estricto orden de mérito y conforme a su ubicación en el Banco Nacional de listas de elegibles.”

De lo anterior, se tiene que las listas de elegibles son actos administrativos de carácter particular, que determinan el orden para proveer los cargos que fueron objeto de concurso, en estricto orden de mérito; se debe aclarar, que dicho acto tiene un carácter temporal y es de obligatorio cumplimiento durante su vigencia.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2011, se modificaron los artículos 7 y 33 del Decreto 1227 de 2005, relacionado con el uso de las listas, así:

“Artículo 1°. Modifícase el artículo 7 del Decreto número 1227 de 2005, el cual quedará así:

Artículo 7°. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1 Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2 Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3 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.

7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Parágrafo 1°. *Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.
[...]*

“Artículo 2°. *Modifícase el artículo 33 del Decreto número 1227 de 2005, el cual quedará así:*

“Artículo 33. *Quien sea nombrado y tome posesión del empleo para el cual concursó, con base en una lista de elegibles, se entenderá retirado de esta, como también aquel que sin justa causa no acepte el nombramiento.*

La posesión en un empleo de carácter temporal, efectuado con base en una lista de elegibles no causa el retiro de esta”.

“Artículo 3°. *El presente decreto rige a partir de su publicación y modifica en lo pertinente los artículos 7° y 33 del Decreto número 1227 de 2005.”*

En otras palabras, dichas normas eliminaron los órdenes de provisión consagrados en los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005 y modificaron el artículo 33.

5. Cargos No Ofertados

En este punto, es necesario tener en cuenta que el Consejo de Estado⁹, ha aceptado la postura acogida jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, relacionada con el uso de listas de elegibles para proveer cargos que no han sido inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre y cuando estos últimos tengan la misma naturaleza, perfil y denominación, a los inicialmente convocados, y observando que la lista se encuentre vigente, así:

“De otra parte, ésta Subsección ha tenido oportunidad de pronunciarse en cuanto a la aplicación de la sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional¹⁰ al estudiar varias demandas de tutela presentadas por algunos de los inscritos en los concursos de la Fiscalía General de la Nación, en la que estableció que la lista de elegibles conformada como resultado de un proceso de selección, durante su vigencia, podrá ser utilizada únicamente para proveer los cargos que fueron expresamente ofertados en la convocatoria.

No obstante en la mencionada sentencia, la Corte Constitucional reconoce que tanto el legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Sentencia de diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019), con Radicación N°. 11001-03-25-000-2014-01008-00(3078-14)

¹⁰ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Al respecto, esta Corporación precisó lo siguiente:

“la Sala considera que no es dable predicar respecto del régimen general de carrera administrativa lo allí resuelto en el sentido de no poder usar la lista de elegibles para la provisión de cargos no ofertados en el concurso, toda vez que esta conclusión se fundamentó en las normas especiales de carrera que regulan a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación¹¹. No obstante, la inaplicabilidad de tal determinación, lo que sí resulta pertinente para el caso por haber sido planteado por el máximo juez constitucional como un criterio general es que:

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

En ese orden de ideas, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la provisión de cargos que no fueron ofertados pero que presentan similitudes en su naturaleza, perfil y denominación, es viable siempre que así lo hayan previsto las normas que rijan la carrera administrativa o las que rijan el concurso, razonamiento que se acompasa con lo dispuesto en la presente providencia toda vez que el régimen general contenido en la Ley 909 de 2004, su Decreto reglamentario 1227 de 2005 y el Acuerdo 025 de 2008 contemplaron expresamente la posibilidad de que, una vez provistos los empleos objeto del concurso, la entidad convocante utilizara las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer vacantes no incluidas en la oferta pública de empleos de carrera¹².

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

¹¹ En aquella oportunidad, consideró que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en las convocatorias de 2007, por lo siguiente: «[...] i) la decisión inicial del legislador de eliminar plazas determinó el número de las que se podían ofertar; ii) la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar iii) ni el legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles debería ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número de los convocados [...]»

¹² Sentencia proferida el 27 de junio de 2018, por la Subsección A Sección Segunda del Consejo de Estado, rad. 0208-16.

concurso y se ubicaron en la lista de elegibles¹³.

(...)

Frente al particular, la Corte Constitucional ha precisado que la modificación planteada por el Decreto 1894 de 2012, por regla general no puede operar para vacantes existentes antes de su entrada en vigencia:

“Por otra parte, es una regla general del derecho la irretroactividad de las leyes. Esto quiere decir que las leyes rigen hacia el futuro y a partir de su publicación a menos que la misma ley disponga otra cosa. Con la expedición del Decreto 1894 de 2012 se modificaron los artículos 7 y 33 del Decreto 1227 de 2005, luego se eliminan dos órdenes de provisión definitiva de vacantes y se impide el uso de listas de elegibles del Banco Nacional de Lista de Elegibles la cual era una facultad que el propio legislador autorizó.

En este sentido, y tal como la misma CNSC lo ha entendido, para no afectar hechos y relaciones jurídicamente consolidadas y respetando los derechos de quienes participaron en la convocatoria 001 de 2005, la modificación planteada por regla general no puede operar para vacantes existentes antes de la entrada en vigencia del Decreto 1894 de 2012¹⁴.” Negrillas y subrayas fuera de texto

En conclusión, la regla general de derecho, es la irretroactividad de las leyes, es decir, tienen efectos a futuro a partir de su publicación, salvo que la misma ley disponga otra cosa.

6. Planta de Personal

Al estudiar los tipos de plantas de personal, el Consejo de Estado¹⁵, ha manifestado:

La Planta de Personal podría definirse como el contenido de la maqueta que contempla la estructura de los cargos necesarios para cumplir las funciones que le corresponden a la administración. En principio se describían dos tipos de planta, **la rígida**, que tenía asignada funciones por áreas, divisiones o direcciones. Esta rigurosidad no le permitía a los funcionarios laborar en las diferentes dependencias, sino solo en aquella en donde había sido ubicados conforme a su especialidad y formación. Esta modalidad volvía estática la administración y dificultaba el cumplimiento de los principios de la función pública.

De otra parte, la planta **global** en donde “los distintos empleos simplemente se enlistan o determinan de manera globalizada o genérica en su denominación, código y grado, e indicando el respectivo número de cada empleo”, organización que le permite a la entidad ubicar a sus funcionarios en diferentes áreas de acuerdo a su perfil profesional, experiencia y conocimientos, es decir, este tipo de planta admite mayor movilidad en el ejercicio funcional y optimización en la prestación del servicio. Por esta razón, las plantas globales tienen mayor discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de sus servidores

¹³ Sentencia del 26 de junio de 2018, proferida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, rad 2015 01101.

¹⁴ sentencia T-112A de 2014 de la Corte Constitucional.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., siete (07) de abril de dos mil once (2011).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-05450-01(0642-07)

cuando así lo demande la necesidad del servicio, de manera que, la estabilidad territorial de quienes laboran en instituciones con planta global es menor a la de quienes lo hacen para otro tipo de plantas, permitiéndole a la entidad el ejercicio del ius variandi de una manera más amplia cuando existen motivos de interés general que justifican un tratamiento diverso; sin embargo, debe aclararse como bien lo señaló la Corte Constitucional¹⁶ que “La flexibilidad de la planta de personal no se predica de la función asignada al empleo sino del número de funcionarios que pueden cumplirla”.

Conforme a lo anterior, existen dos tipos de plantas de personal, una rígida, que implica que el cargo, está atado a determinadas funciones y ubicación dentro de la estructura de la entidad, y otra global, que indica un código, grado y número de empleo, sin determinar con exactitud en qué dependencia se ubicará el cargo.

7. Convocatoria N°. 001 de 2005 – Departamento de Cundinamarca

En desarrollo de lo establecido en los artículos 125 y 130 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil, efectuó la Convocatoria N°. 001 de 2005, para la provisión de los empleos de las entidades y organismos de orden nacional y territorial, regidas por la Ley 909 de 2004, del Sistema General de Carrera Administrativa, para lo cual, expidió la Resolución N°. 171 de 5 de 2005¹⁷, que fijó la estructura del proceso, criterio de organización, generales de inscripción y registro, entre otros. Para ello, las entidades tenían la obligación de reportar los empleos con vacancia definitiva que estuvieran provistos en encargo o en provisional, que serían provistos mediante la lista de elegibles constituida por concurso de méritos.

En principio, la convocatoria estaba organizada en dos fases, correspondientes a Fase I, aplicación de la Prueba Básica General de Preselección y Fase II escogencia del empleo específico, y aplicación de pruebas de conocimientos con carácter eliminatorio, prueba psicotécnica con carácter clasificatorio, y prueba de análisis de antecedentes con carácter clasificatorio; se aclara que, la verificación de requisitos mínimos que se debían cumplir, se realizaba posteriormente a la escogencia del empleo; sin embargo, dicha convocatoria por situaciones ajenas a la CNSC, sufrió cambios que afectaron el cronograma.

Es así como, con la expedición de la Ley 1033 de 2006¹⁸ y específicamente con lo ordenado en su artículo 10, la Comisión Nación del Servicio Civil - CNSC, se vio en la necesidad de proferir la Resolución N°. 1382 de 3 de agosto 2006, que modificó algunos aspectos la Resolución N°. 171 del 5 de diciembre de 2005, entre estos, el carácter de la prueba básica general, eliminando su valor porcentual, otorgando carácter habilitante; por lo cual, dicha prueba tuvo que ser pospuesta para el 10 de diciembre de 2006.

Sin embargo, los incisos 1, 2 y 3 del artículo 10 de la Ley 1033 de 2006, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, en Sentencia C-211 de 21 de marzo de 2007, en consecuencia la CNSC, mediante Resolución N°. 0260 de 25 de junio de 2007, declaró la pérdida de ejecutoria de la Resolución N°. 1382 del 3 de agosto de 2006; y la prueba básica general, fue aplicada a los provisionales el 12 de

¹⁶ C- 447 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁷ fl. 1 del archivo 19 del cd visible a folio 162

¹⁸ “por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política”

agosto de 2007. Adicionalmente, en atención a que no se habían resuelto las impugnaciones, la CNSC, decidió que publicaría los resultados de dicha prueba, hasta tanto hubiese un pronunciamiento definitivo, siendo resuelto el último recurso el 26 de noviembre de 2007.

Posteriormente, el 10 de abril de 2008 la CNSC, expidió la Resolución N°. 131 de 10 de abril de 2008¹⁹, con la cual, se modificó nuevamente la Convocatoria 001 de 2005, bajo los preceptos normativos introducidos con la Ley 1093 de 2006²⁰. Sumado, la entidad con fundamento en lo establecido en sus facultades constitucionales y en lo establecido en el literal a del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, expidió el Acuerdo N°. 21 de 10 de abril de 2008²¹, mediante el que se fijaron los lineamientos generales para desarrollar la Fase II de la convocatoria.

Estando en curso el proceso de selección, el 26 de diciembre de 2008, el Congreso de la República, expidió el Acto Legislativo 001 de 2008, que modificó el artículo 125 de la Constitución Política, ordenando a la CNSC, inscribir de forma extraordinaria a los servidores que a la fecha de la publicación de la Ley 909 de 2004, estuviesen ocupando empleos de vacancia definitiva, nombramiento provisional o encargo.

En consecuencia, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en sesión de 31 de enero de 2009, aprobó lo atinente a la naturaleza jurídica, alcances y efectos generales del Acto Legislativo 01 de 2008, con el objeto de que las entidades reportarán a los provisionales que cumplieran las condiciones fijadas por la norma para acceder a la inscripción extraordinaria en carrera administrativa. Ello llevó, a la suspensión de los trámites relacionados con concursos públicos que se estuvieren adelantando sobre cargos ocupados por empleados en provisionalidad y encargados, que conforme a la fecha de provisión pudiese ser beneficiarios de la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa, hasta tanto fueran identificados con claridad por parte de las entidades y se realizará el correspondiente reporte a la comisión.

Con el fin de no afectar los empleos que no estuvieron cobijados por el acto legislativo, la CNSC, decidió aplicar las pruebas específicas de una manera diferente a la que utilizó para las aplicaciones I, II y III con anterioridad a la expedición de dicha norma, publicándose en el mes de marzo de 2009, en la página web los acuerdos 077²² y 0106 de 2009, por medio de los cuales, se adoptaron los lineamientos generales para desarrollar la segunda fase o de aplicación de pruebas específicas de la Convocatoria N°. 001 de 2005, para la provisión de empleos de carrera administrativa de los niveles técnico-asistencial y asesor-profesional, señalando en su artículo segundo lo siguiente *"Podrán continuar en la segunda fase de la Convocatoria 001 de 2005 los aspirantes que hayan aprobado la prueba básica general de preselección"*²³

De esta manera, en el momento en que se adelantaba el proceso de inscripción a la fase II para las aplicaciones IV y VI, se habían practicado las pruebas escritas a los aspirantes de la aplicación IV, estando en marcha la inscripción extraordinaria de los funcionarios que se habían vinculado por nombramiento provisional, la Corte Constitucional, en Sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009, declaró inexecutable el Acto Administrativo N°. 001 de 2008; por lo cual, la CNSC, mediante la Circular N°. 048 de 2009, precisó los alcances e impacto de la decisión, en relación con los empleos frente a los cuales se había suspendido el proceso de selección.

¹⁹ fl. 1 del archivo 18 del CD visible a folio 162

²⁰ "por la cual se crean los literales e) y f) y un párrafo del numeral 2 del artículo 5º de la Ley 909 de 2004."

²¹ fl. 1 del archivo 2 del cd visible a folio 162

²² fl. 1 del archivo 4 del cd visible a folio 162

²³ Acuerdo 077 de 26 de marzo de 2009 del artículo 2.

Posteriormente, la CNSC, con la Circular N°. 054 de 28 de octubre de 2009, en atención a lo preceptuado por el Decreto N°. 3905 de 2009, señaló que, el Acto Legislativo 001 de 2008, para los servidores provisionales que hubiesen superado la prueba básica general de preselección, les permitió inscribirse a la segunda fase y seleccionar el empleo de su interés.

Con relación a los empleos, específicamente a la OPEC, como la convocatoria se había adelantado exclusivamente para los empleos que se ofertaron en las fases I, II y III, para permitir que las personas que no se habían inscrito a la fase II tuvieran la oportunidad de participar por los empleos que estaban desempeñando, así como para garantizar la suspensión de proceso de los empleos desempeñados por servidores prepensionados, determinó procedente para efectos de la publicación y oferta de la OPEC correspondiente a las aplicaciones IV y V, que se dividiría en 3 grupos: *i.* oferta pública empleos OPEC de cargos en vacancia definitiva reportado por las entidades con anterioridad al 7 de diciembre de 2009, que no se encontraran en los dos grupos subsiguientes, *ii.* oferta pública de empleos OPEC de cargos reportados a través del aplicativo *“reporte de empleos y servidores públicos que estuvieron cobijados por el acto legislativo”*, y *iii.* Oferta pública de empleos OPEC de cargos en vacancia definitiva que venían siendo desempeñados por servidores públicos provisionales en condición de pensionados, conforme al Decreto 3905 de 2009.

Ahora bien, en cumplimiento de lo establecido para la Fase II de la Convocatoria 001 de 2005, la Secretaría Seccional de Salud, reportó dentro de la oferta pública de empleos de carrera, una vacante del empleo identificado con el N°. 34864, denominado técnico operativo, código 314, grado 04; siendo ofertada en el grupo II, en ella, se contaba con dos aspirantes inscritos que cumplieron con los requisitos mínimos establecidos para el perfil del empleo.

Sin embargo, mediante el Decreto N°. 00118 de 4 de julio de 2006, se adicionó la planta de empleos de la Secretaría Seccional de Salud, a la planta global única de empleos del sector central de la administración departamental, sin que la entidad hubiese advertido a la CNSC, suspender, ni solicitar actualización o requerimiento frente a los empleos ofertados, como se había señalado en las Circulares 074 de octubre de 2009²⁴ y 003 de 16 de febrero de 2010²⁵; es así como, el proceso de selección para esa entidad y la Gobernación de Cundinamarca, continuó conforme se había iniciado, es decir, como dependencias diferentes, con empleos reportados para cada una.

Caso Concreto

En este caso, el señor Oswaldo Riveros Moreno, solicitó que se declare nulidad de la Resolución N°. 1036 de 10 de diciembre de 2015, mediante la cual, la secretaria de la Función Pública del Departamento de Cundinamarca, nombró en periodo de prueba en el cargo de técnico operativo código 314 grado 04 de la Subdirección de Impuesto de Registro – Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda, a la señora Ingrid Rossana Ferrer Buitrago y declaró insubsistencia del nombramiento en el cargo en provisionalidad del demandante.

Para argumentar su pretensión, señaló que el cargo del señor Riveros Moreno, se creó con el Decreto 222 de 27 de septiembre de 2013, por lo cual, no hizo parte de los empleos ofertados en la Convocatoria N°. 001 de 2005, desconociéndose lo señalado en el numeral 7.4 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 1894 de 2012, en el cual se consagra que el nombramiento del primero en la lista, se debe realizar para el empleo ofertado que fue objeto de la convocatoria.

²⁴ fl. 1 del archivo 9 del cd visible a folio 162

²⁵ fl. 1 del archivo 7 del cd visible a folio 162

De esta manera, de las pruebas obrantes en el expediente, se logró establecer que el señor Oswaldo Riveros Moreno, fue nombrado mediante la Resolución N°. 0920 de 7 de noviembre de 2013²⁶, en el cargo provisional de técnico operativo código 314 grado 4, en la Subdirección de Impuesto de Registro - Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda Departamental, cargo que desempeñó hasta el 7 de enero de 2016²⁷, al haber sido declarado insubsistente su nombramiento, como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba de la persona que ocupaba el primer lugar de la lista de elegibles²⁸.

Es de resaltar que, el demandante fue nombrado en la Subdirección de Impuesto de Registro - Dirección de Rentas y Gestión Tributaria de la Secretaría de Hacienda Departamental, en provisionalidad, es decir, su estabilidad era relativa; debiendo recordar que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han determinado en reiteradas oportunidades que entre las causales de terminación de un nombramiento en provisionalidad, se encuentra la referente a la necesidad de nombrar a la persona que se encuentra en la lista de elegibles.

No obstante, el señor Riveros Moreno, discute la legalidad del acto administrativo, señalando que al haberse realizado el nombramiento de la persona de la lista de elegibles, en un cargo que no fue ofertado dentro de la Convocatoria N°. 001 de 2005.

De esta manera, se observa que con la Convocatoria N°. 001 de 2005, se adelantó concurso de méritos para la provisión de los empleos de las entidades y organismos de orden nacional y territorial, regidas por la Ley 909 de 2004, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa, no obstante, en atención a diversas circunstancias externas, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, vio afectado su cronograma, extendiéndose por mayor tiempo de lo previsto.

De otra parte, dentro de los empleos ofertados en dicha convocatoria, se encontraba el de técnico operativo código 314 grado 4, de la Secretaría Seccional de Salud, por lo cual, es relevante en este momento indicar los cambios normativos ocurridos.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 270 de 2004, dentro de los cargos reportados por la Secretaría de Salud Departamental (antes de la expedición de la Ley 60 de 1993), el cargo se denominaba técnico código 401, grado 4, y fue modificado por la Resolución N°. 04279 de 14 de julio de 2005, de acuerdo a lo ordenado por el Decreto 785 de 2005, pasando a tener la denominación de técnico operativo código 314, grado 4, en la oficina de Planeación Sectorial de la Secretaría de Salud.

Posteriormente, con el Decreto 112 de 2005, se reformó y estableció la planta de empleos de la Secretaría de Salud Departamental, suprimiendo 26 cargos de técnico operativo código 314, grado 4, entre los que se encontraba, el de la mencionada oficina de planeación.

Seguidamente, con la expedición del Decreto N°. 00118 de 4 de julio de 2006, la planta de empleos de la Secretaría de Salud Departamental, paso a ser parte de la planta global de empleos del sector central de la administración departamental, sin embargo, las dependencias no reportaron la novedad a la CNSC, y la convocatoria se continuó adelantando para cada una de manera independiente.

²⁶ fl. 14

²⁷ Certificado laboral expedido por la Directora de Talento Humano de la Gobernación de Cundinamarca fl. 35

²⁸ fls. 4-5 del expediente

A continuación, con el Decreto N°. 0139 de 31 de julio de 2006, se reformó nuevamente la planta de empleos de la administración departamental, suprimiendo algunos de técnico operativo código 314, grado 4, que venían de la planta de empleos de la Secretaría de Salud Departamental, y con el Decreto 197 de 31 de agosto de 2009, se modificó la planta de empleos del sector central, creando 63 cargos de técnico operativo 314, grado 4, para la planta global.

Enseguida, a través de la Ordenanza N°. 072 de 2010, se creó la planta de empleos de la Unidad Administrativa Especial de Rentas y Gestión Tributaria de Cundinamarca - RENCUN, la cual, se fusionó con el Departamento de Cundinamarca - Secretaría de Hacienda, y finalmente mediante los Decretos N°. 004 de 2013 y 056 de 22 de marzo de 2013, se modificó la planta de personal del sector central de la administración departamental; incorporando 48 cargos de técnico operativo código 314, grado 01.

En este orden de ideas, el cargo inicialmente ofertado en la Secretaria de Salud Departamental, fue reubicado dadas las diferentes modificaciones que sufrió la planta de personal, al haber sido integrado a la planta global del departamento.

Ahora bien, es necesario recordar que el Consejo de Estado, acogió la postura de la Corte Constitucional, expuesta en la Sentencia T-112A de 2014, mediante el cual, reiteró el uso de las listas de elegibles para proveer vacantes no convocadas de cargos equivalentes, en aplicación a lo establecido en el Decreto 1227 de 2005 y el Acuerdo 159 de 2011, a pesar de la entrada en vigencia del Decreto 1894 de 2012 (que modificó la normativa reseñada en cuanto eliminó los órdenes de provisión de los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, así como, el artículo 33 del mismo ordenamiento, eliminando la posibilidad que la entidad utilizara las listas de elegibles para proveer vacantes en el mismo empleo o en empleos equivalentes), teniendo en cuenta que las pautas de la convocatoria son inmodificables²⁹, en aras de garantizar la confianza legítima y el principio de buena fe de los participantes.

Así pues, se considera que para la época de los hechos planteados, las entidades encargadas de proveer los empleos de planta con la Convocatoria N°. 001 de 2005, en el Departamento de Cundinamarca, respetaron el debido proceso y aplicaron la normativa vigente, toda vez que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en garantía de la confianza legítima y el principio de buena fe, las condiciones de la convocatoria no podían ser cambiadas durante su desarrollo; por lo cual, era posible utilizar la lista de elegibles para proveer no solamente los cargos convocados, sino también aquellos equivalentes que estuvieren vacantes .

De otra parte, atendiendo que por regla general las normas son aplicables a partir de su publicación, es decir, sus efectos no son de carácter retroactivo, salvo disposición específica en contrario, no habría lugar a dar aplicación al Decreto 1894 de 2012, toda vez que, la citada convocatoria fue creada antes de su expedición.

²⁹ “Ahora bien, es oportuno señalar que en el año 2012 se expidió el Decreto 1894 que modificó la normativa reseñada en cuanto eliminó los órdenes de provisión contenidos en los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005¹⁴⁹. Igualmente modificó el artículo 33 de dicho decreto eliminando la posibilidad de que la respectiva entidad utilizara las listas de elegibles para proveer vacantes en el mismo empleo o en empleos equivalentes. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la nueva norma debe seguir la consideración general de que las pautas de la convocatoria son inmodificables, obligando a la entidad convocante y a quienes participan sin que puedan verse variadas porque de lo contrario esto conduciría a vulnerar la confianza legítima y el principio de buena fe.

Así, visto en conjunto la normativa aplicable al concurso en el que la accionante participó, se desprende la evidente posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer empleos de carrera administrativa iguales o equivalentes al que participó que se encuentren vacantes definitivamente.”

En conclusión, la modificación del artículo 33 del Decreto 1227 de 2005, del Decreto 1894 de 2012, no es aplicable, en atención a que no solamente conlleva al cambio de las condiciones iniciales de la Convocatoria N°. 001 de 2005, sino que sería una aplicación retroactiva; por tanto, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado, es decir, las pretensiones deberán ser negadas.

Costas y Agencias

No se condenará en costas ni agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado, en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá** - Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación causa por pasiva; por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda; de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO.- NO CONDENAR en costas ni agencias en derecho; por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Ejecutoriada la presente providencia, por la secretaría del juzgado **DEVOLVER** a la parte interesada el remanente de gastos del proceso si los hubiere, **HACER** las anotaciones de rigor, **LIQUIDAR** las costas y **ARCHIVAR** el expediente, con las anotaciones pertinentes en el sistema de gestión judicial justicia XXI.

QUINTO.- RECONOCER personería adjetiva a la abogada María del Pilar Contreras Aguilar, identificada con cédula de ciudadanía N°. 1.032.376.035 y tarjeta profesional N°. 237.935 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar los intereses de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los términos del poder allegado a folio 280.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Luis Eduardo Guerrero Torres
Juez
Juzgado Administrativo
055
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **36a2c7d214f51011092071252532cfa2081b1c625130351e35a7376ebaf3b613**
Documento generado en 14/12/2022 03:50:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>