

**SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA / COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / FUNCIONES DE ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA / POTESTAD DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL PARA DICTAR LOS LINEAMIENTOS DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN / POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN / LA INHABILIDAD Y EL REQUISITO**

[E]l análisis de las expresiones bajo estudio conlleva a la conclusión de que la expresión «alguna» contenida en el Acuerdo 540 de 2015, al referirse a un número plural e indeterminado de superintendencias cuya sanción administrativa imposibilita al aspirante para hacerse parte del concurso, amplía el ámbito de restricción que contiene el Decreto Ley 775 de 2005, en razón a que, de acuerdo con este último, solo inhabilita a quien hubiera sido sancionado directamente por la Superintendencia de Sociedades, entidad que en este caso adelanta el concurso, en tanto que la convocatoria demandada extendió la restricción a quien hubiera sido sancionado por cualquier superintendencia. [...] Debe precisarse además, que la sanción administrativa que imponen las superintendencias no inhabilita para hacerse parte de un concurso, salvo que exista una disposición legal que así lo prevea, teniendo en cuenta que esta es una materia de reserva legal, que para el caso es el Decreto Ley 775 de 2005, cuyo contenido normativo solamente se circunscribe a la proferida por la superintendencia que convoca al concurso por un límite de 5 años, situación que difiere de la que se presenta en el campo del derecho disciplinario, como antes se expuso. [...] un alto grado de especificidad de las funciones o la exigencia de experiencia relacionada y ubicación del cargo dentro de la estructura de la entidad para la cual se adelanta el concurso no se observa como vulneradora del principio del mérito (artículo 3 del Decreto Ley 775 de 2005), pues aquel está referido precisamente a la demostración permanente de la idoneidad de la persona para el cumplimiento de las funciones, en términos de capacidades, habilidades, competencias, conocimientos y experiencia, finalidad que es la que persigue la aplicación de pruebas específicas dentro del proceso de selección. Además, el hecho de que existan normas que describan de manera general las funciones que le corresponden a cada nivel jerárquico, como el Decreto 1083 de 2015, se impone como marco para el ejercicio de la competencia del superintendente de expedir el manual de funciones, pero no quiere decir que el desarrollo del concurso deba estar dirigido solo a ellas, pues precisamente lo que busca es seleccionar al personal más idóneo para el desarrollo de funciones específicas asignadas a cada cargo. [...]

**FUENTE FORMAL:** DECRETO LEY 775 DE 2005 – ARTÍCULO 3 / ACUERDO 540 DE 2015

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00997-00(4252-15)**

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó que se acceda parcialmente a las pretensiones de nulidad, en la relación con la expresión «alguna» contenida en el numeral 5 del artículo 9 del Acuerdo 540 de 2015.

Para el efecto, señaló que efectivamente al introducir la expresión «alguna» cuando el Decreto Ley 775 de 2005 se refiere a «la respectiva» se amplía la inhabilidad propuesta, en tanto la primera se refiere únicamente a las sanciones impuestas por la Superintendencia de Sociedades, mientras que la segunda amplía el rango a cualquiera de las 10 superintendencias existentes, decisión que solamente le corresponde adoptar al legislativo.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado, se refirió al marco normativo de la elaboración del Manual de Funciones de la Superintendencia de Sociedades para señalar que su modificación se realizó con observancia de las normas que regulan la materia. Ahora, el hecho de que se hayan perfilado los cargos, en su criterio, está acorde con los postulados de acceso al servicio público y del mérito, contrario a lo que sucede si las funciones están determinadas en forma genérica.

Por último, solicitó que en caso de que no sean acogidos sus planteamientos, los efectos de una decisión anulatoria se dieran hacia el futuro, en consideración a la etapa en la que se encuentra el concurso y los eventuales efectos para quienes no fueron vinculados a este proceso.

## **CONSIDERACIONES**

### **Problemas jurídicos**

Visto lo anterior, la Sala advierte que no hay necesidad de hacer ajustes a los problemas jurídicos que, fruto del diálogo y la concertación con las partes, se plantearon de manera provisional en la etapa de fijación del litigio de la audiencia inicial. Por lo tanto, los interrogantes que corresponde resolver son los siguientes:

1. ¿La expresión «por alguna» contenida en el numeral 5 del artículo 9 del Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, acto que contiene la Convocatoria 329 de 2015 para proveer cargos de carrera administrativa en la Superintendencia de Sociedades, crea una inhabilidad que no está prevista por el artículo 5 del Decreto Ley 775 de 2005, que establece el sistema específico de carrera de las superintendencias, en relación con el requisito de no haber sido sancionado administrativamente por una superintendencia, dentro de los 5 años anteriores, con lo cual se configura la causal de anulación de desconocimiento de las normas en que debió fundarse?

---

<sup>11</sup> Ff. 206 a 212 C.ppal.

2. ¿La Oferta Pública de Carrera contenida en el artículo 11 del Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, fue expedida con vulneración de las normas en que debió fundarse, especialmente, de los artículos 3 y 5 del Decreto Ley 775 de 2005, por haberse elaborado con base en las tareas especiales asignadas por el superintendente a las áreas de trabajo y no de conformidad con las funciones asignadas por el Decreto 1023 de 2012, en el artículo 6, que definió la estructura administrativa de la Superintendencia de Sociedades?

### **Primer problema jurídico**

¿La expresión «por alguna» contenida en el numeral 5 del artículo 9 del Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, acto que contiene la Convocatoria 329 de 2015 para proveer cargos de carrera administrativa en la Superintendencia de Sociedades, crea una inhabilidad que no está prevista por el artículo 5 del Decreto Ley 775 de 2005, que establece el sistema específico de carrera de las superintendencias, en relación con el requisito de no haber sido sancionado administrativamente por una superintendencia, dentro de los 5 años anteriores, con lo cual se configura la causal de anulación de desconocimiento de las normas en que debió fundarse?

Con el propósito de resolver el interrogante propuesto se harán algunas precisiones en relación con: i) la Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar los sistemas específicos de carrera administrativa; ii) La potestad de la Comisión Nacional del Servicio Civil para dictar los lineamientos de los procesos de selección; iii) La potestad sancionadora de la administración; iv) La inhabilidad y requisito; vi) Confrontación del artículo 5 del Decreto Ley 775 de 2005 y el Acuerdo 540 de 2015.

#### **1. Sistemas específicos de carrera administrativa- Comisión Nacional del Servicio Civil- funciones de administración y vigilancia-**

El artículo 125 de la Constitución Política dispone que, como regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, lo cual implica que el ingreso a ellos requiere del previo cumplimiento de las exigencias y condiciones que fije la ley para «determinar los méritos y calidades de los aspirantes».

Para dicho fin, el artículo 130 de la Carta Política señaló que la Comisión Nacional del Servicio Civil sería la entidad responsable de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas que tengan carácter especial.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 909 de 2005 definió, entre otros aspectos, las normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa y en el artículo 4 precisó que los sistemas específicos de carrera son aquellos que contienen regulaciones específicas en cuanto al ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal, en consideración a la especialidad de las funciones

que algunas entidades cumplen, entre ellas las superintendencias (numeral 2). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la vigilancia<sup>12</sup> y administración<sup>13</sup> de aquella también está a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En relación con este último punto, es conveniente destacar que la Corte Constitucional abordó la finalidad y la importancia de tal competencia para resaltar que se trata de un imperativo constitucional, que determinó asignarla a un ente autónomo<sup>14</sup> de carácter permanente que no haga parte de ninguna de las ramas del poder público, titular de una potestad reguladora orientada a su propio funcionamiento y al cumplimiento de la misión que le ha sido encomendada, con el propósito de «sustraer los empleos del Estado de factores subjetivos de valoración, como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, que chocan con el adecuado ejercicio de la función pública.»<sup>15</sup>

Ahora bien, el artículo 53 de la Ley 909 de 2004 concedió al presidente de la República facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley que contuvieran, entre otros aspectos, el sistema específico de carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de las superintendencias (numeral 4), en desarrollo de lo cual y en lo relevante al particular, se expidió el Decreto Ley 775 de 2015 «por el cual se establece el Sistema de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional», disposición que reiteró la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la administración de dicho régimen.

Respecto de este tipo de entidades, la Corte Constitucional expuso que la existencia del régimen especial de las superintendencias se justifica en el contenido técnico y especializado de sus funciones y «su notable injerencia en la actividad de determinados mercados –sociedades, financiero, transporte, salud, industria y comercio, etc.–», lo cual se admitió como razón suficiente para que el legislador les concediera un trato diferenciado en cuanto a las normas de carrera<sup>16</sup> y avaló ciertas discrepancias frente al régimen general, como la flexibilización de aspectos tales como el ingreso, la capacitación, permanencia, ascenso y retiro de personal.

En lo relativo a la función de *administrar* de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se ha definido que se trata de una expresión de carácter indeterminado pero con una acepción amplia<sup>17</sup>, sin embargo, conviene apreciar que el artículo 11 de la Ley 909 de 2004 precisa algunas de las labores que comprende tal misión y en lo atinente a los concursos, prevé que le corresponde: «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

---

<sup>12</sup> Artículo 4, numeral 3.

<sup>13</sup> La Corte Constitucional en la sentencia C-1230 de 2005, declaró exequible el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 909 de 2004, «siempre y cuando se entienda que la administración de los sistemas específicos de carrera también corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil».

<sup>14</sup> Sobre la autonomía de la Comisión Nacional del Servicio Civil se puede consultar la sentencia C-372 de la Corte Constitucional.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1230 de 2005.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencias C-929 de 2004 y C-250 de 2013.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencias C-471 de 2013 y C-518 de 2016.

de las entidades a las cuales se aplica la presente ley»<sup>18</sup>, así como «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»<sup>19</sup>.

## **2. La potestad de la Comisión Nacional del Servicio Civil para dictar los lineamientos de los procesos de selección**

Como se anotó previamente, el artículo 130 de la Constitución Política dispone que la Comisión Nacional del Servicio Civil es responsable de la administración de las carreras de los servidores públicos, y que por su parte la Ley 909 de 2004, en el artículo 11, literales b) y c), describe que establecer los lineamientos generales dentro de los cuales se desarrollan los concursos, de acuerdo a la ley y los reglamentos, y elaborar las convocatorias, son funciones que se enmarcan dentro de esa labor de administración.

En primer lugar, estas actividades se encuentran limitadas, además de lo previsto en la Constitución, por la ley y los reglamentos, según lo expone el mismo artículo 11 de la Ley 909 de 2004. Precisamente, la sentencia C-372 de 1999 resaltó que la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la jerarquía de un órgano autónomo y permanente al cual le corresponde dirigir, administrar y vigilar el sistema de carrera «sin sujeción al Gobierno ni a pautas distintas de las que la misma Carta y la ley señalen, y con la estructura y fuerza institucional necesarias para lograr que el engranaje de la carrera opere con seguridad y efectividad, y exclusivamente dentro de los criterios constitucionales».

En segundo lugar, la elaboración de la convocatoria, entendida como una competencia constitucional privativa y exclusiva de la CNSC<sup>20</sup>, debe respetar los aspectos que hubieran sido asignados a otras entidades, así lo aclaró la sentencia C-183 de 2019 que precisó: «Estas funciones no implican determinar los cargos a proveer, ni la estimación de los eventuales costos y su financiación, ni formular la política pública al respecto, tareas que implican el desarrollo de otras funciones, las cuales la ley en comento ha asignado a otros órganos y dependencias».

Ahora, los principios que debe observar la CNSC en la aplicación de los instrumentos para el a los empleos de carrera son los siguientes:

**«Artículo 28. Principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa.** La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades

<sup>18</sup> Literal a) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004.

<sup>19</sup> Literal c) *ibidem*.

<sup>20</sup> sentencia C-183 de 2019

- académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;
- b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;
  - c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;
  - d) Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección;
  - e) Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;
  - f) Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;
  - g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;
  - h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;
  - i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección.»

El artículo 31 *ejusdem*, relaciona las etapas del proceso de selección y, en primer lugar, indica que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso, además, que obliga a la administración, a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los aspirantes, a su vez, el reclutamiento tiene la finalidad de *atraer e inscribir* al mayor número de candidatos que reúnan los requisitos para los cargos ofertados.

De lo anterior es plausible inferir que los aspectos no incluidos en dichos instrumentos, y que sean relativos a las reglas del concurso, hacen parte de esa potestad de expedir «los lineamientos» y elaborar convocatorias.

De acuerdo con antes visto, se puede entender que entidad citada tiene un extenso rango de acción en la configuración de los actos que puede proferir, margen cuya gradación dependerá en todo caso de la precisión o amplitud con la que las disposiciones arriba citadas hayan desarrollado el sistema de carrera. En consecuencia, a menor desarrollo constitucional y legal de tal institución jurídica, mayor campo de acción en el ejercicio de la potestad de regulación de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

### **3. Potestad sancionadora de la administración**

De manera general, la potestad sancionadora de la administración es una atribución que tiene aquella de imponer sanciones, como complemento de la facultad de mando, para asegurar el cumplimiento de sus decisiones, diferente a la que ejercen los jueces de la República en desarrollo de un proceso penal, cuyo

ejercicio supone la imposición de una pena de naturaleza jurisdiccional<sup>21</sup>. En este sentido, la doctrina ha resaltado que se trata de «un instrumento de autoprotección para preservar el orden jurídico institucional con la distribución de competencias y el señalamiento de penas de igual carácter»<sup>22</sup>.

El ejercicio de la potestad sancionadora Estatal es inherente al principio de legalidad, toda vez que la imposición de sanciones supone la limitación o restricción de los derechos de las personas. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional resaltó:

«Las finalidades que persigue el principio de legalidad son (i) otorgar certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser competencia privativa del Legislador; (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado.»<sup>23</sup>

Este carácter está integrado a su vez, por los principios de reserva de ley y de tipicidad. El primero de ellos, referido a que la definición de las conductas que conllevan sanción administrativa es una materia que le compete exclusivamente al legislador<sup>24</sup>, sin la posibilidad de ser delegada en el ejecutivo<sup>25</sup>, empero, si resulta viable dejar la descripción detallada del comportamiento reprochable a una disposición de inferior nivel jerárquico normativo, caso en el cual, la ley debe delimitar su contenido precisando los elementos estructurales del tipo<sup>26</sup>. Con todo, en esta materia la jurisprudencia constitucional ha proscrito la posibilidad de que una norma de rango inferior a la ley, como los reglamentos, modifique su contenido<sup>27</sup>.

El segundo, esto es, la tipicidad se manifiesta en los siguientes aspectos: «i) que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable, a partir de otras normas jurídicas; (ii) que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley; y (iii) que exista correlación entre la conducta y la sanción.»<sup>28</sup>.

La jurisprudencia ha destacado la complejidad de esta disciplina jurídica, que comprende *al menos* cinco especies, a saber: penal delictivo, contravencional, el

---

<sup>21</sup> Las penas impuestas en materia criminal y contravencional, junto con las sanciones administrativas se han incluido dentro de la categoría jurídica del derecho sancionador. Sobre el particular se pueden consultar las sentencias C-762 de 2009, reiterada por la sentencia C-699 de 2015 de la Corte Constitucional.

<sup>22</sup> Derecho Administrativo Sancionador, Hacia una Teoría General y una Aproximación para su Autonomía, Jaime Ossa Arbeláez, p. 126, Ed. Legis, 2000, Bogotá, Colombia.

<sup>23</sup> Sentencia C-135 de 2016.

<sup>24</sup> En este sentido, se pueden consultar las sentencias C-448 de 1998, C-135 de 2016 de la Corte Constitucional.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2003.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2015.

<sup>27</sup> Sentencia C- 699 de 2015.

<sup>28</sup> Sentencia C-343 de 2006.

disciplinario, correccional y el derecho de punición por indignidad política<sup>29</sup>, vertientes que pese a que presentan aspectos en común, merecen un estudio detallado dadas sus particularidades.

De lo anterior, se desatacan en este análisis dos especies que atienden a la relación especial de sujeción de sus destinatarios, (i) la potestad sancionadora interna de orden disciplinario y (ii) la externa o correccional, frente a las cuales se harán unas precisiones, para identificar las relevantes al particular.

- Potestad sancionadora disciplinaria. Es de orden interno, dado que se circunscribe a los servidores públicos, y en general a quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función (artículos 25 y 53 Ley 734 de 2002). El propósito de su ejercicio ha sido identificado como la finalidad del derecho disciplinario, la cual se concreta en la búsqueda del interés general encausado a través de la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado<sup>30</sup>.

Las sanciones que la ley ha previsto para quienes incurran en una falta disciplinaria se circunscriben a la separación del ejercicio de las funciones de manera definitiva (destitución) o temporal (suspensión), la inhabilidad general o especial, multa, y amonestación<sup>31</sup>.

En relación con la inhabilidad, debe decirse que acompaña a la de separación de las funciones y que opera de manera automática, la general puede ir de los 10 a los 20 años o incluso ser permanente (art. 46 de la Ley 734 de 2002), y la especial implica, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier empleo distinto de aquel, por el término señalado en el respectivo acto. Ello quiere decir que esta sanción es automática respecto de cualquier concurso, pues su imposición excluye a la persona del ejercicio de cargos públicos.

- Potestad correccional. Sobre este tema, la Corte Constitucional en la sentencia C-853 de 2005, señaló que se trata de lo siguiente: «El derecho administrativo correccional, por su parte, va dirigido a un grupo determinado de personas y está orientado a sancionar el incumplimiento de determinadas reglas preestablecidas, dirigidas al mantenimiento de ciertas condiciones que hacen efectivo el servicio, pero que no restringen derechos fundamentales, en cuanto las sanciones consisten, en la generalidad de los casos, en multas, suspensiones y restricciones, que pueden ser operativas o de utilización de bienes y servicios.».

En este punto, se incluyen aquellas sanciones que imponen las superintendencias en ejercicio de sus funciones, y particularmente, en relación con la Superintendencia de Sociedades, entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales y otras entidades no sometidas al control de la Superintendencia Financiera, las cuales se fundamentan en el artículo 86-3 de

---

<sup>29</sup> Sentencia C-827 de 2001.

<sup>30</sup> En este sentido, se pueden ver entre otras providencias, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de enero de 2019, Radicado: 11001-03-25-000-2012-00340-00 (1338-2012), demandante: Alba Sánchez Ríos.

<sup>31</sup> El artículo 45 de la Ley 734 de 2002, define las sanciones disciplinarias.



la Ley 222 de 1995<sup>32</sup>: «Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.» y el Decreto 1080 de 1996<sup>33</sup>, estas son:

«ARTÍCULO 2o. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES La Superintendencia de Sociedades desarrollará las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que le corresponden, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

[...]

29. Imponer multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales cada una, a quienes incumplan las órdenes de la Superintendencia, quebranten las leyes o sus propios estatutos, respetando el derecho de defensa y el debido proceso;»

De las disposiciones referidas, se observa que la sanción administrativa de la superintendencia no inhabilita de manera automática a la persona a quien se le ha impuesto para hacerse parte del concurso de méritos, salvo que haya una disposición legal especial que así lo prevea, dado que aquella no conlleva *per se* una inhabilidad, como sí ocurre en materia disciplinaria.

#### 4. La inhabilidad y el requisito

La Subsección estima que es importante exponer algunas precisiones sobre los conceptos de inhabilidad y requisito, comoquiera que el demandante afirma que la Comisión Nacional del Servicio Civil desconoció el principio de reserva de ley de las inhabilidades; para ello se referirá a cada uno de estos conceptos.

##### 1. *La Inhabilidad*

La definición gramatical de inhabilidad está dada como «Defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio»<sup>34</sup>, en concordancia con ello, de manera general, esta Corporación ha entendido que las inhabilidades son condiciones especiales objetivas<sup>35</sup> previstas por la Constitución o la ley, que impiden que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público.

Así pues, dado que el artículo 40, numeral 7, consagra el acceso a funciones públicas como un derecho fundamental, al tiempo que las inhabilidades se constituyen en restricciones a esta garantía<sup>36</sup>, entre otras tales como la igualdad y el trabajo, aquellas son una materia delimitada por el principio de reserva legal<sup>37</sup>,

---

<sup>32</sup>«Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.»

<sup>33</sup> «Por el cual se reestructura la superintendencia de sociedades y se dictan normas sobre su administración y recursos el presidente de la república de Colombia.»

<sup>34</sup> <https://dle.rae.es/?w=inhabilidad>

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de noviembre de 2019, radicación: 63001-23-33-000-2019-00080-01, demandante: Isabel Reinerio Arévalo Arévalo.

<sup>36</sup> Ver sentencia C-348 de 2004.

<sup>37</sup> En este sentido se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 19 de septiembre de 2013, radicación: 110010328000201200051-00, 110010328000201200052-00 110010328000201200057-00 Acumulado, demandantes: Eduardo Carmelo Padilla Hernández y otros.

un número plural e indeterminado de superintendencias cuya sanción administrativa imposibilita al aspirante para hacerse parte del concurso, amplía el ámbito de restricción que contiene el Decreto Ley 775 de 2005, en razón a que, de acuerdo con este último, solo inhabilita a quien hubiera sido sancionado directamente por la Superintendencia de Sociedades, entidad que en este caso adelanta el concurso, en tanto que la convocatoria demandada extendió la restricción a quien hubiera sido sancionado por cualquier superintendencia.

En efecto, si bien se dejó claro que la Comisión Nacional del Servicio Civil goza de autonomía para administrar la carrera, también lo es, que para este ejercicio, la Constitución le impone la sujeción a la ley para determinar las calidades de los aspirantes, además de que las competencias que le hubieran sido asignadas a otras autoridades, ello quiere decir que la determinación de tal aspecto no está dentro del radio de acción de sus potestades. De manera que al ampliar la restricción impuesta por la norma superior se hace evidente que la Convocatoria 329 de 2015 se excedió en el ejercicio de la función de dictar los lineamientos de la convocatoria del concurso.

Debe precisarse además, que la sanción administrativa que imponen las superintendencias no inhabilita para hacerse parte de un concurso, salvo que exista una disposición legal que así lo prevea, teniendo en cuenta que esta es una materia de reserva legal, que para el caso es el Decreto Ley 775 de 2005, cuyo contenido normativo solamente se circunscribe a la proferida por la superintendencia que convoca al concurso por un límite de 5 años, situación que difiere de la que se presenta en el campo del derecho disciplinario, como antes se expuso.

De esta manera, se infiere que con la expresión acusada contenida en el Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, la Comisión Nacional del Servicio Civil se extralimitó en el ejercicio de su función de administrar la carrera específica de la Superintendencia de Sociedades, pues al introducir un requisito negativo en la convocatoria, creó una inhabilidad, asunto que está sometido a reserva de ley y desconoció el artículo 5 del Decreto Ley 775 de 2005.

Con todo, lo anterior no obsta para señalar que la decisión que se adoptará no puede desconocer situaciones particulares que se hubieran llegado a consolidar como consecuencia de los efectos que este acto ha causado.

**Conclusión:** La expresión «por alguna» contenida en el numeral 5 del artículo 9 del Acuerdo 540 de 2015 debe ser anulada, puesto que creó una inhabilidad, asunto que está sometido a reserva de ley y desconoció el artículo 5 del Decreto Ley 775 de 2005, con lo cual la Comisión Nacional del Servicio Civil se extralimitó en el ejercicio de su función de administrar la carrera específica de la Superintendencia de Sociedades.

## **Segundo problema jurídico**

¿La Oferta Pública de Carrera contenida en el artículo 11 del Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, fue expedida con vulneración de las normas en que debió fundarse, especialmente, de los artículos 3 y 5 del Decreto Ley 775 de 2005, por haberse elaborado con base en las tareas especiales asignadas por el superintendente a las áreas de trabajo y no de conformidad con las funciones asignadas por el Decreto 1023 de 2012, en el artículo 6, que definió la estructura administrativa de la Superintendencia de Sociedades?

A efectos de resolver la pregunta planteada, la Subsección estudiará los siguientes ítems: (i) El manual de funciones y competencias laborales; (ii) La Oferta Pública de Empleos; y (iii) El caso concreto.

### **1. El Manual de funciones y competencias laborales**

Toda entidad del Estado tiene dispuesto un número determinado de empleos a través del cual satisface los fines y las funciones que le han sido atribuidas desde el ordenamiento jurídico. Este concepto responde a lo que, en materia de función pública, se conoce como planta de personal. El factor concluyente en su creación está dado por las necesidades del servicio ya que la definición clara de estas permite el diseño de la estructura organizacional a nivel global, lo que conduce a decidir aspectos como la cantidad, la naturaleza y el contenido funcional de los empleos requeridos, con su respectiva clasificación.

En esos términos, por planta de personal puede entenderse la determinación, tanto cualitativa como cuantitativa, de los empleos públicos que integran una entidad estatal a efectos de lograr el cumplimiento de los fines constitucionales y legales a los que responde su creación y funcionamiento.

La consagración constitucional de esta noción y las características básicas del empleo público se encuentran en los artículos 122, inciso 1.º, y 125, inciso 3, en los que puede leerse:

«[...] ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente [...]

ARTÍCULO 125 [...] 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 [...]»

La noción de empleo público fue desarrollada en la Ley 909 de 2004, cuyo artículo 19 caracteriza esta figura como el «núcleo básico de la estructura de la función pública», entendiendo que se trata tanto del conjunto de funciones, tareas y responsabilidades asignadas a una persona, como de las competencias

necesarias para ejercerlas, todo lo cual debe propender por un fin último que es la realización de los planes de desarrollo y de los fines estatales<sup>49</sup>.

Asimismo, la norma en cuestión dispone que el diseño de cada empleo debe contener:

- a) La descripción del contenido funcional de manera tal que se puedan identificar claramente las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;
- b) El perfil de competencias necesarias para ocupar el cargo, lo que comprende la definición de los requisitos de estudio y experiencia, y todos aquellos otros exigidos para ingresar al servicio. De acuerdo con el artículo 19 *ibidem*, «[...] En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo [...]».
- c) La duración del empleo cuando sea temporal.

Tal es el fundamento normativo para que en las entidades públicas se disponga de un manual de funciones y competencias laborales, el cual puede ser entendido como una herramienta de gestión del empleo que establece las responsabilidades, labores y facultades propias de cada cargo que compone la planta de personal, al igual que las exigencias para su desempeño, las cuales están referidas a conocimientos, experiencia y otros factores con los que se miden las aptitudes requeridas para ocupar un determinado empleo.

Por su parte, el artículo 20<sup>50</sup> de la ley en comento admite que mediante decreto se disponga las agrupaciones de empleos que tengan semejanzas respecto de la naturaleza general de sus funciones, responsabilidades, con requerimientos de conocimientos y competencias comunes, en los que denomina *cuadros funcionales de empleos*. La finalidad de esta medida está dada por la optimización de la gestión de recurso humano; la posibilidad de llevar a cabo el acceso, el ascenso, la retribución y la capacitación, así como de cubrir plazas de uno o varios organismos, en función de los requisitos que se exijan.

Visto lo anterior, es importante señalar que, a través del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, que conforme a su artículo 2 es aplicable a todas las entidades de la rama ejecutiva del poder público, «[...] de acuerdo con la determinación específica que se haga en cada Título de la Parte 2 [...]».

El Título 2, Parte 2, de tal decreto se ocupó de regular lo atinente a las «[...] Funciones y requisitos generales para los empleos públicos de los distintos niveles jerárquicos de los organismos y entidades del orden nacional [...]». En consonancia con ello, respecto del ámbito de aplicación de dicho título, el artículo

---

<sup>49</sup> Esta definición es replicada en el artículo 2 del Decreto Ley 770 de 2005, «Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004».

<sup>50</sup> De la Ley 909 de 2004.

2.2.2.1.1. dispuso que rige, entre otros, para los empleos públicos pertenecientes a las superintendencias.

Ahora bien, en cuanto al manual específico de funciones y competencias laborales, el artículo 2.2.2.6.1. *ejusdem* contempló lo siguiente:

«[...] ARTÍCULO 2.2.2.6.1 Expedición. Los organismos y entidades a los cuales se refiere el presente Título expedirán el manual específico de funciones y de competencias laborales describiendo las funciones que correspondan a los empleos de la planta de personal y determinando los requisitos exigidos para su ejercicio.

La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante resolución interna del jefe del organismo o entidad, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el presente Título.

Corresponde a la unidad de personal, o a la que haga sus veces, en cada organismo o entidad, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de competencias laborales y velar por el cumplimiento de las disposiciones aquí previstas [...]» (Subrayas fuera del texto original)

Es de anotar que el parágrafo 2 de la norma en mención dispone que el Departamento Administrativo de la Función Pública brindará la asesoría técnica necesaria, además de señalar las pautas e instrucciones para la adopción, adición, modificación o actualización de los manuales específicos.

Por su parte, el artículo 2.2.2.6.2. *ibidem* se ocupó de fijar el contenido mínimo del manual específico de funciones y competencias laborales, al indicar que debe tener:

1. La identificación y ubicación del empleo.
2. El contenido funcional, dentro del cual debe señalarse el propósito y la descripción de funciones esenciales del empleo.
3. Los conocimientos básicos o esenciales.
4. Los requisitos de formación académica y de experiencia.

Ahora, en cuanto a las entidades que tienen un sistema específico de nomenclatura y clasificación de empleos, el Decreto 1083 de 2015 en el artículo 2.2.2.7.1. definió que la elaboración, actualización o modificación de sus manuales de funciones también deben ajustarse a los lineamientos allí señalados.

## **2. La Oferta Pública de Empleos de Carrera**

La Oferta Pública de Empleos de Carrera es el acto por medio del cual la administración le comunica al ente responsable de la elaboración del concurso de méritos las plazas que se encuentran vacantes definitivamente, con la finalidad de que sean provistas a través del respectivo proceso de selección. Ahora, si bien se ha admitido que tal carácter implica que se clasifique como de trámite, y por ello no es enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>51</sup>, lo cierto es que si presenta falencias en su contenido o formación, estas pueden conllevar la vulneración de los derechos fundamentales para los aspirantes dentro del proceso de selección<sup>52</sup>, lo cual hace necesario su estudio cuando la convocatoria se enjuicia por este componente.

Dentro de los aspectos a resaltar de la Oferta Pública de Empleos de Carrera es necesario tener presente que se instituye en parámetro para la elaboración de las pruebas e instrumentos de selección, pues ellos a su vez, deben ser proporcionales a las condiciones que se exigen para el desempeño de cada cargo, tal y como lo prevé el artículo 23 del Decreto Ley 775 de 2005:

**«ARTÍCULO 23. Pruebas o instrumentos de selección.** Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad evaluar la capacidad, adecuación, competencia, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad y eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros previamente determinados.

Los medios de valoración serán determinados por cada Superintendencia de acuerdo con la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos. A cada prueba se le asignará un peso teniendo en cuenta la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos.

Dentro de las pruebas que se podrán utilizar están:

23.1 Prueba de conocimientos específicos o generales de acuerdo con la naturaleza del cargo a proveer.

23.2 El concurso-curso, entendido como la realización de un curso al cual ingresan los aspirantes que hayan superado las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria. Ingresarán al curso un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se hayan señalado en la convocatoria. En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles.

23.3 El curso-concurso, consiste en la utilización, como criterio de selección, de los resultados obtenidos por los aspirantes en un curso relacionado con las funciones de los empleos a proveer. La lista de

---

<sup>51</sup> Ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 19 de noviembre de 2018, radicación: 25000-23-15-000-2008-00875-01(AC), demandante: Diana Yamile Ternera Urbina.

<sup>52</sup> En este sentido ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1 de septiembre de 2011, radicación: 54001-23-31-000-2011-00256-01(AC), demandante: Ruth Laguado Ortega.

elegibles se conformará con quienes superen el curso en los términos de la convocatoria.

23.4 Entrevista. Cuando en un concurso se programe entrevista, esta será grabada, tendrá un número plural de evaluadores y no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación total del concurso. Los objetivos y estructura de la entrevista, así como los aspectos relevantes de las respuestas dadas por el entrevistado, quedarán consignados en formularios previamente adoptados por cada Superintendencia.

23.5 Análisis de antecedentes.» (subrayado de la Sala)

Adicionalmente, es de anotar que una vez elaborada la lista de elegibles deben cubrirse las vacantes para las cuales se efectuó el concurso<sup>53</sup>, aspecto que depende de la oferta de empleos remitida por la entidad previamente a la iniciación del concurso, sin perjuicio de lo previsto para la utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

En lo relacionado con los parámetros de su reporte, el párrafo del artículo 29 de la Ley 909 de 2004 señala que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente responsable de dictar el procedimiento y los lineamientos para que las diferentes entidades informen, con la finalidad de hacer viables los concursos.

Más adelante, el Decreto 4500 del 5 de diciembre de 2005<sup>54</sup> precisó que los aspectos de la convocatoria, que incluyen la OPEC, se pueden modificar hasta antes de la fecha de iniciación de las inscripciones o de la escogencia del empleo en la segunda fase o específica, lo cual lleva a inferir que la oferta tampoco puede modificarse luego de esa oportunidad.

Por lo anterior, la Procuraduría General de la Nación expidió la Circular Conjunta N.º 074 del 21 de octubre de 2009, en la cual solicitó a los representantes legales de las entidades públicas del orden nacional y territorial y sus entes descentralizados a quienes aplica la Ley 909 de 2004 enviar o actualizar la información relativa a este particular, a través del aplicativo dispuesto en la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Más adelante, con posterioridad a la expedición del acto que aquí de demanda, el Decreto 051 del 16 de enero de 2018<sup>55</sup>, en el artículo 3, adicionó el artículo 2.2.6.34 al Decreto 1083 de 2015, para hacer referencia al sistema para el registro de la Oferta Pública de Empleos de Carrera, así:

**«ARTÍCULO 2.2.6.34. Registro de los empleos vacantes de manera definitiva.** Los jefes de personal o quienes hagan sus veces en las entidades pertenecientes a los sistemas general de carrera y específico o especial de origen legal vigilados por la Comisión Nacional del

<sup>53</sup> Ley 909 de 2004, artículo 31, numeral 4, el cual más adelante fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

<sup>54</sup> «Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004»

<sup>55</sup> «Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, y se deroga el Decreto 1737 de 2009».

las tareas especiales asignadas por el superintendente a las áreas de trabajo de la entidad, puesto que según el artículo 2.2.19.2.5 del Decreto 1083 de 2015, los instrumentos de selección contenidos en la convocatoria deben ser diseñados de acuerdo con los requerimientos específicos acordes con la función que van a desarrollar quienes ocupen los empleos objeto de concurso, por esa razón, las pruebas de la convocatoria deben ser diseñadas para evaluar la capacidad e idoneidad del aspirante para el desempeño de las tareas y responsabilidades asignadas al cargo.

Además, la exigencia de experiencia específica o relacionada se acompasa con la finalidad del concurso que busca seleccionar a la persona que demuestre las mejores condiciones para el cumplimiento de las funciones asignadas al cargo objeto del proceso de selección.

### **Decisión**

Por lo anterior, la Subsección A declarará la nulidad de la expresión «por alguna» contenida en el numeral 5 del artículo 9 del Acuerdo 540 de 2015, con la salvedad de que en cumplimiento de esta decisión no podrán desconocerse situaciones particulares y concretas que se hayan consolidado como consecuencia de los efectos jurídicos que el Acuerdo 540 de 2015 del Comisión Nacional del Servicio Civil ha causado, y se negará la nulidad del artículo 11 del Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, por las razones expuestas.

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

### **FALLA**

**Primero: Declárese** la nulidad de la expresión «por alguna» contenida en el numeral 5 del artículo 9 del Acuerdo 540 de 2015.

En cumplimiento de esta decisión no podrán desconocerse situaciones particulares y concretas que se hayan consolidado como consecuencia de los efectos jurídicos que el Acuerdo 540 de 2015 del Comisión Nacional del Servicio Civil ha causado.

**Segundo: Deniéguese** la nulidad del artículo 11 del Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, por las razones expuestas.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

**Notifíquese y cúmplase**