

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado : 11001-03-25-000-2019-00063-00

Número interno : 0297-2019 y acumulado

Demandante : Angie Yiset Flórez Largo y otros

Demandado : Nación – Defensoría del Pueblo

Vinculado : Universidad Nacional de Colombia

Interviniente : UAE Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estad

Coadyuvante parte actora: Organización colegio de Defensores Públicos de Boyac y otra

Medio de control : Simple nulidad – Ley 1437 de 2011

Tema: PROCESO DE SELECCION DE DEFENSORES PÚBLICOS.

La Sala decide la demanda de nulidad, que en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó Angie Yiset Flórez Largo contra las Resoluciones No 052 y 084 ambas de 2019, expedidas por el defensor del pueblo, por medio de las cuales “da apertura al proceso de selección de defensores públicos de la Defensoría del Pueblo” y “modificó el título final del anexo de la Resolución 052 del 2019”.

ANTECEDENTES

La demanda

El 28 de enero de 2019 Angie Yiset Flórez Largo demandó la nulidad de la Resolución No 052 de 14 de enero de 2019 “Por la cual se da apertura al proceso de selección de defensores públicos de la Defensoría del Pueblo” y 084 de 18 de enero de 2019 “Por la cual se modifica el título final de la Resolución No 052 de 2019”, expedidas por Carlos Alfonso Negret Mosquera en calidad de Defensor del Puebl.

Dentro del mismo escrito, la accionante solicitó la suspensión provisional de los efectos de las

resoluciones acusadas.

Se tuvo como parte coadyuvante de la parte actora al Colegio de defensores Públicos de Boyacá, las señoras Lady Catherine Gómez Macho, Jascira Lemus Palacios y Paula Rocía Luengas León, limitándose su intervención a los cargos esenciales y relacionados con los de la demanda que coadyuvan.

Luego de verificar la identidad de objeto y causa, por auto de 16 de agosto de 201 el despacho sustanciador decretó la acumulación de los procesos con números de radicación 11001-03-25-000-2019-00117-00 (0541-2019) y 11001-03-25-000-2019-00118-00 (0543-2019) al proceso de la referencia.

Actos acusados

Resolución No 052 de 14 de enero de 2019

"RESOLUCIÓN No. 052

“Por el cual se da apertura al proceso de selección de defensores públicos de la Defensoría del Pueblo”

EL DEFENSOR DEL PUEBLO

En uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en los numerales 1 y 7 del artículo 5 del Decreto Ley 025 del año 2014 y,

CONSIDERANDO

(...)

RESUELVE

ARTÍCULO 1. Dar apertura al proceso de selección de Defensores Públicos de la Defensoría del Pueblo de acuerdo con lo dispuesto en los términos del documento anexo suscrito por el Director Nacional de la Defensoría Pública, denominado "parámetros para la participación en el proceso de selección de defensores públicos".

(...)

ARTÍCULO 3. El proceso de selección de Defensores Públicos, será ejecutado por la Universidad Nacional de Colombia, en virtud del contrato Interadministrativo No. 386 de 2018 y de acuerdo con los requisitos y términos indicados en el documento Anexo suscrito por el Director Nacional Defensoría Pública, denominado...

ARTÍCULO 4. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C, 14 ENE 2019

CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA

Defensor del Pueblo”

Resolución 084 de 18 de enero de 2019

“Resolución No 084

“Por la cual se modifica el título final del anexo de la resolución No 052 de 2019”

(...)

Que como consecuencia de la motivación que precede y en aras de obtener el mayor proyecto y utilidad de la lista definitiva de resultados, se hace necesario modificar el título final del anexo de la Resolución No 052 del año 2019, en el sentido de indicar que la vigencia de esta, será por un periodo de tres (3) años contados a partir del día siguiente de su publicación en la página web www.selecciondefensorespublicos.com.

RESUELVE

ARTICULO 1. Modificar el título final “Vigencia de la lista” del anexo de la Resolución No 052 de 2019, el cual quedará así:

VIGENCIA DE LA LISTA DEFINITIVA DE RESULTADOS

La lista definitiva de resultados tendrá una vigencia de tres (3) años, contados a partir del día siguiente de su publicación en la página web www.selecciondefensorespublicos.com, de la cual se seleccionarán los defensores públicos en estricto orden descendente de calificación, hasta completar las plazas ofertadas en todo el país, por programa, distrito o circuito y categoría.

Quienes no alcanzaron a ocupar las plazas ofertadas, conformarán un listado de interesados, del que trata el numeral 6 del artículo 17 del Decreto Ley 025 de 2014, del cual la Defensoría del Pueblo seleccionará en lo sucesivo a los defensores públicos, por necesidades del servicio, en estricto orden descendente de calificaciones, por programa, distrito o circuito y categoría, hasta el fenecimiento del término de vigencia de la lista definitiva de resultados.

ARTICULO 2. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en los términos expresamente expuestos, el anexo de la Resolución No 052 de 2019.

PUBLÍQUE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C, 18 ENE 2019

CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA

Defensor del Pueblo”.

Normas violadas y concepto de violación

La actora, considera que con la expedición de las mencionadas resoluciones se ha vulnerado el artículo 282 numeral 4 de la Constitución Política, artículos 21 y 22 de la Ley 24 de 1992, los artículos 26 y 30 de la Ley 941 de 2005, Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y Decreto ley 025 de 2014.

El concepto de violación es desarrollado por la accionante señalando que los defensores públicos deben ser vinculados mediante la figura del contrato de prestación de servicios de acuerdo con

las normas previstas en el estatuto de la contratación estatal, lo que significa que para la suscripción de los contratos no admite que se impongan requisitos, procedimientos o ritualidades que no estén contempladas en la ley, ya que la contratación es directa y no admite la creación de concursos, exámenes o pruebas que no forman parte de lo contenido en la ley.

Agrega que el Defensor del Pueblo adoptó el Manual de Contratación de la Defensoría del Pueblo mediante Resolución No 1070 de 2017 donde ratificó que los defensores públicos serán contratados de forma directa a través de contrato de prestación de servicios sin que se refiera al concurso convocando a la Universidad Nacional de Colombia, exigencias que desconocen los principios de legalidad y economía.

Argumenta que el procedimiento que se pretende utilizar para vincular a los nuevos defensores públicos riñe con la Constitución, la Ley y el propio Manual de Contratación, cuando se pretende hacer exigible a quienes ya forman parte del registro nacional de operadores, es decir a los actuales defensores públicos.

Considera que el único que tiene la facultad para establecer los criterios y lineamientos para evaluar a los operadores vinculados al Sistema Nacional de Defensoría Pública es el Director Nacional de Defensoría Pública tal como lo autoriza el Decreto Ley 025 de 2014.

Otra irregularidad la hace consistir en que la Defensoría del Pueblo omitió el deber de publicar en el diario oficial las resoluciones demandadas, como quiera que estas son actos administrativos de carácter general y así lo obligaba el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011.

Trámite procesal

Este despacho admitió la demanda por auto de 11 de febrero de 201. Igualmente, ordenó informar a la comunidad sobre la existencia del proceso y notificar al Agente del Ministerio Público, al Defensor del Pueblo y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado. Se vinculó por el interés que le pudiera asistir a la Universidad Nacional de Colombia.

Mediante auto de 28 de febrero de 202, el magistrado sustanciador convocó a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 para el 16 de marzo de 2020.

Suspensión Provisional.

Por auto de 28 de marzo de 201 se resolvió la solicitud de medida cautelar de urgencia y, i) se suspendió provisionalmente la expresión “Eliminatoria”, de la prueba de conocimientos generales y específicos del área, contenida en cuadro correspondiente al carácter de cada prueba y su porcentaje del capítulo “PRUEBAS A APLICAR” del anexo de la Resolución No 052 de 2019 y, ii) se suspendió provisionalmente el numeral 3 de las causales de exclusión del proceso de selección de defensores públicos establecidas en el mismo anexo.

Posteriormente con auto de 13 de febrero de 202 se resolvió el recurso de súplica en contra de la anterior decisión revocando la misma, ya que el carácter eliminatorio de la prueba de conocimientos prevista como una etapa para el procedimiento de selección de defensores públicos es compatible con el principio de selección objetiva.

La medida cautelar ordinaria se desató con auto de 3 de julio de 2020 disponiendo estarse a lo resuelto en providencia de 28 de marzo de 201.

Contestación de la Demanda

La Defensoría del Pueblo, por intermedio de apoderada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Colige que el vínculo de los defensores públicos se surte mediante contrato de prestación de servicios profesionales, modalidad debidamente regulada mediante el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Así las cosas, la vinculación de los defensores públicos a través de contrato de prestación de servicios modalidad de contratación directa, no conlleva el desconocimiento de los requisitos previamente fijados por el Defensor del Pueblo, en quien recae las facultades de definir las políticas, impartir los lineamientos, directrices y adoptar los reglamentos y demás mecanismos para el funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, máxime cuando ello ha sido objeto de mandato judicial, que reviste este proceso de garantías, a la luz de los principios de transparencia y selección objetiva; en consecuencia, el proceso de selección se constituye en una herramienta válida que permite vincular a los defensores públicos mediante contrato de prestación de servicios, sin que se desnaturalice su esencia.

Propone como excepciones de mérito:

Inexistencia de causal de nulidad respecto de los actos demandados.

La normatividad existente frente a las exigencias en la contratación directa, establece como obligación la verificación de la idoneidad y experiencia, para efectuar dicha verificación no existe precepto constitucional, legal y/o reglamentario, que establezca un procedimiento taxativo y obligatorio para desarrollar la misma, lo cual permite inferir, que el constituyente y el legislador dejaron un espacio de discrecionalidad respecto de este, quiere decir que el proceso de selección de defensores públicos se ajusta a los principios rectores de la contratación pública.

Además, el Defensor del Pueblo cuenta con plena facultad legal para proferir decisiones orientadas a la organización, funcionamiento y coordinación del Sistema Nacional de Defensoría Pública, por lo que los actos acusados fueron proferidos por la autoridad investida de competencia para ello.

Concluye que para el caso no existe indicio ni prueba que lleve a pensar que las Resoluciones No 052 y 084 de 2019 fueron expedidas desconociendo disposiciones necesarias para su formación y materialización.

El proceso de selección cumple con los principios de transparencia y selección objetiva de que trata el artículo 9 de la Ley 941 de 2005, pues las fechas de divulgación y publicidad fueron las mismas para todos, así como los requisitos mínimos exigidos, el plazo de inscripción y la aplicación de las pruebas.

Frente a la presunta falsa motivación aduce que se celebró con la Universidad Nacional el contrato interadministrativo No 386 de 2018, para dar cumplimiento a la Ley 941 de 2005. Aclara que el proceso de selección no obedece a un concurso de méritos encaminado a proveer cargos públicos sino la escogencia objetiva de perfiles idóneos y con certificada experiencia, cuya contratación se enmarca en la Ley 80 de 1993, la cual establece como causal de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Por lo que existió una motivación real y debida en la expedición de las decisiones administrativas atacadas,

la cual dista de ser un capricho de la autoridad que las suscribió.

Manifiesta respecto de la presunta infracción del Manual de Contratación de la entidad que la actora se refiere a la Resolución No 1070 de 2017 norma que no se encuentra vigente al ser modificada por la Resolución No 1131 de 2018 que es el manual de contratación actual de la entidad.

En cuanto a la imposibilidad de escoger los Defensores Públicos mediante un proceso de selección asegura que el trámite para la escogencia de personal, no puede ser entendido o interpretado como un concurso de méritos, toda vez que la modalidad de vinculación ya está establecida previamente por la constitución y la ley. Lo importante es que las condiciones del procedimiento son previamente establecidas y publicadas.

Respecto a la publicación de los actos administrativos en el diario oficial señala que la Defensoría del Pueblo no cuenta con un órgano de divulgación de esta clase, por lo tanto, acude a la página electrónica oficial, página en la cual fueron debidamente publicados los actos demandados.

Interviniente – Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

En relación con las pretensiones de la demanda se opone a las mismas de acuerdo con los siguientes argumentos de defensa.

Asegura que no existe un concepto de violación coherente con el problema jurídico planteado, en la medida que se debate frente a un acto administrativo sin indicar claramente las normas particulares violadas.

Insiste en que no existe prohibición normativa en adelantar un proceso de selección para consolidar una lista de profesionales con el fin de surtir el proceso de contratación directa mediante el contrato de prestación de servicios, pues con la realización del proceso de selección se satisfacen los fines y principios de la contratación administrativa.

Explica que la finalidad del proceso de selección establecido en la Resolución No 052 de 2019, no es otro que fortalecer y optimizar el Servicio Nacional de Defensoría Pública con profesionales del derecho que tengan compromiso con la ética y cuenten con experticia e idoneidad para ejecutar sus obligaciones en representación judicial o extrajudicial.

Frente a la presunta falta de competencia del Defensor del Pueblo indica que la función de la Dirección Nacional de Defensoría Pública se limita al establecimiento de parámetros de calificación de los operadores del sistema ya vinculados, no referente a los procesos de selección como el desarrollado mediante los actos administrativos enjuiciados, en consecuencia, no existe el vicio alegado por la parte actor.

Alegatos de conclusión

La parte accionant, guardó silencio durante esta etapa procesal tal como consta en el informe de secretaría de fecha 19 de noviembre de 2020, al igual que los coadyuvantes.

La Defensoría del Pueblo, al alegar de conclusión se ratificó en la contestación de la demanda al considerar que, no obstante, la autorización para que las entidades públicas sometidas al estatuto de contratación pública puedan celebrar de manera directa contratos de prestación de servicios, la selección de los contratistas debe llevarse a cabo acatando de manera precisa los principios de la

contratación estatal consignados en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Dichos principios son, entre otros, el de transparencia y selección objetiva.

En virtud del principio de transparencia, según lo que respecto de él consagran los literales a) y b) del numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 cuando la administración pública decida seleccionar un contratista o suscribir un contrato debe previamente indicar los requisitos objetivos necesarios que se deben cumplir con dicho propósito por los interesados. Además, las entidades públicas con el mismo fin deben definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole y aseguren una escogencia objetiva.

En función de esto, se solicitó que los interesados en contratar con la Defensoría del Pueblo –para que prestaran el servicio de defensoría pública- cumplieran unos requisitos mínimos de formación académica y experiencia profesional y presentaran una prueba de conocimientos que revelara su idoneidad en las materias objeto del contrat.

La parte interviniente y vinculada guardaron silencio.

Concepto del Ministerio Público

Para la delegada es evidente que el Defensor del Pueblo sí tiene la competencia para fijar los requisitos de ingreso de los defensores públicos que

prestarán este servicio, puesto que como representante legal de la entidad es el funcionario encargado de organizar y dirigir el organismo, más aún cuando entre los fines de la función misional se halla la de prestar el servicio de defensa a las personas que lo requieran, por lo que es su deber seleccionar y contratar a este personal, al ser una de las modalidades previstas por el ordenamiento jurídico para vincularlos a la entidad.

Advierte que no comparte el planteamiento de los demandantes, quienes consideran que la medida que adoptó el Defensor del Pueblo, para que los defensores públicos se seleccionen, a través de la modalidad del concurso público, desconoce las disposiciones transcritas, toda vez que si bien este procedimiento está establecido habitualmente para los empleos de carrera administrativa de las entidades públicas, lo cierto es que dicho procedimiento no riñe con garantizar la selección objetiva, presupuesto inherente a la contratación directa. A nivel jurisprudencial se ha considerado que los procedimientos que las autoridades estatales establezcan para seleccionar a los contratistas, no contradicen la ley que rige la contratación directa siempre que se realice respetando el ordenamiento jurídico y los principios que la rigen, para efecto de lo cual cita la sentencia del 2 de diciembre de 2013 del Consejo de Estado.

Agrega que la modalidad de contratación de servicios profesionales está prevista dentro de las causales establecidas por el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y por tal virtud, necesariamente al utilizar esta modalidad de escogencia para vincular profesionales a las entidades públicas, se deben cumplir con los presupuestos establecidos por la ley contractual, sin embargo, esto no significa que no se puedan aplicar procedimientos que permitan y garanticen la idoneidad en la selección del personal, en este caso los defensores públicos, pues, por el contrario, se deduce que garantizan los principios de transparencia y selección objetiva antes mencionados, así como el desarrollo eficiente y eficaz del servicio público, en particular en un tema tan

sensible como lo es la asistencia técnica y la representación judicial en favor de aquellas personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de

desigualdad manifiesta.

Afirma que en este caso, la falta de publicación de los actos que convocaron al concurso para seleccionar los defensores públicos en el diario oficial, no genera su nulidad, máxime que de todas formas la Defensoría del Pueblo cumplió con la publicidad de las resoluciones enjuiciadas, a través de su página web, de modo que se dio a conocer a la comunidad en general la necesidad que tenía la institución de convocar a quienes estuvieren interesados en participar en el proceso de selección, por ende, garantizó el principio de publicidad de los actos acusados, por lo que solicita se niegue las pretensiones de la demand.

CONSIDERACIONES

Competencia

Como las Resoluciones Nos 052 de 14 de enero de 2019 y 084 de 18 de enero de 2019, son actos administrativos expedidos por una autoridad del orden nacional, esta Subsección es competente para conocer del presente proceso privativamente y en única instancia conforme con el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Problema jurídico

La Sala debe establecer i) Si las Resoluciones 052 y 084 de 2019 son ilegales, toda vez que, según los demandantes en los procesos acumulados, el Defensor de Pueblo excedió las facultades que le otorga la Constitución y la ley, pues creó requisitos adicionales a los exigidos para la vinculación de los defensores públicos, quienes ingresan directamente a través de contratos de prestación de servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1082 de 2015, y no por concurso público. ii) Si el Defensor del Pueblo es competente para proferir los actos demandados y iii) Si las Resoluciones 052 y 084 de 2019 son nulas por haber omitido la publicación en el diario oficial.

2.1. Solución al problema jurídico

Con el propósito de dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala metodológicamente emprenderá del análisis de los siguientes aspectos: 2.1.1 Presupuestos de existencia y validez de los actos administrativos y 2.1.2 Caso concreto.

Presupuestos de existencia y validez de los actos administrativos

Doctrinariamente se ha considerado que el acto administrativo tiene como elementos esenciales los de existencia, que han sido ubicados en el órgano y su contenido; los de validez, que son relativos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento, y la eficacia u oponibilidad, sumergidas en las ritualidades para hacerlo eficaz y capaz de producir efectos jurídicos.

Al referirnos a la validez de un acto administrativo, se hace alusión a la conformidad que este tiene con el ordenamiento jurídico, consecuencia del respeto a la legalidad o del sometimiento a las exigencias del derecho vigente, o, en otras palabras, se refiere al valor que tiene el acto administrativo cuando quiera que es confrontado con los preceptos legales, los cuales generan acatamiento por parte de los administrados en la medida en que rigen las relaciones entre ellos y el Estado.

Frente al tema ha manifestado, la Corte Constitucional ha precisado que:

“En lo que respecta a la existencia del Acto Administrativo, la Corte Constitucional ha considerado que está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. De forma que, el Acto Administrativo existe desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del Acto Administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada a su publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual

Visto lo anterior, se deduce que la existencia del acto está aparejada a un requisito de tiempo, forma y de efectos. Y es, en este último requisito donde la Corte Constitucional hace recaer la sinonimia de los efectos que produce la existencia a la consideración de ser un acto eficaz, vale decir, que el acto existente es eficaz y vigente si se ha cumplido con la publicación -(en el caso de los actos generales) o se ha cumplido con la notificación (si es acto subjetivo).

En ese orden de ideas, los requisitos de existencia del acto administrativo, conlleva entonces la aparición de elementos subjetivos como objetivos, de tal manera que para que nazca el acto como tal se necesita de un órgano que lo profiera, una declaración de ese sujeto, un objeto sobre el cual recae tal declaración, un motivo por el cual se realiza, la forma que ella tiene y la finalidad que persigue, lo cual, de observarse, resultarían ser comunes a todos los actos jurídicos estatales.

En tal sentido, es un criterio aceptado en el derecho administrativo que para la validez del acto se tienen como requisitos que haya sido expedido por autoridad competente, de conformidad con la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente, que su expedición sea regular y que se observen los motivos y los fines desde el punto de vista de su licitud.

Además, para que el acto administrativo se considere como existente se requiere de un órgano que lo profiera, de la declaración de voluntad, de que se precise el objeto o contenido del acto, del respeto por las formas y la observancia de los motivos y sus fines. Así mismo, resulta preciso recabar sobre los elementos que permiten configurar la existencia del acto administrativo.

El Consejo de Estado al ocuparse de asuntos que guardan simetría con el aquí abordado, ha sostenido, que:

“Los elementos de validez a los que hace alusión la jurisprudencia cuyo desconocimiento acarrea la nulidad del acto administrativo son: i) los sujetos, diferenciados entre activo o quien expide el acto y quien debe gozar de competencia y voluntad para emitirlo, y el pasivo, esto es, sobre quien recaen sus efectos, ii) el objeto o contenido del acto que determina la situación jurídica que se va a afectar con este, que en todo caso debe ser lícito, posible y existente, iii) los motivos o razón de hecho o de derecho determinantes que impulsaron la emisión del acto, iv) los fines o lo que la administración pretende alcanzar con la expedición del acto administrativo, que debe ser el interés general, y v) la formalidad, concepto que encierra indistintamente los de procedimiento, forma y formalidad. Así, el primero indica que para expedir el acto debe seguirse un trámite determinado, el segundo señala que debe ser expedido de acuerdo con su contenido y alcance ya sea mediante leyes, resoluciones, acuerdos, etc., y el tercero advierte los requisitos que debe acatarse para la expedición”.

Emerge de tal reseña que, es de cargo de la entidad estatal, que investida de la función

administrativa y en ejercicio de sus competencias, emite una manifestación de voluntad consciente, intelectual e intencional, que ajustada a las normas legales y teniendo en cuenta las razones de hecho y de derecho que la determinan produce efectos jurídicos. Sumado a que la manifestación de voluntad de la administración que cumple con un fin inmediato se reviste bajo una forma, la cual le permite cumplir con los requisitos y el modo de exteriorizar el acto administrativo; de manera que las formalidades han sido clasificadas en sustanciales y meramente accidentales.

Las formalidades sustanciales son aquellas que de estructurarse, vician el acto administrativo, tales como el preámbulo, el contenido, los argumentos o razones, la motivación, la parte dispositiva y los recursos procedentes. Contrario sensu, las formalidades accidentales no tienen poder suficiente para perturbar la legalidad del acto, verbigracia requisitos como fecha, encabezamiento, denominación y firma.

Sobre el particular, esta Corporación ha señalado entre diversas ocasiones, que:

“(…) Puede distinguirse entre las formas sustanciales y las accidentales, los tribunales deben examinar cada caso, con base en que tan sólo en las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad (…).

“(…) A pesar de que la calificación es difícil y depende de cada caso, el criterio aplicable principalmente es el de la influencia que la omisión de la formalidad o procedimiento ha podido tener sobre la decisión, es decir que serán formalidades o procedimientos sustanciales aquellos cuya omisión implica que la decisión será diferente a la tomada. (…)

En ese orden de ideas, respecto de las formalidades o procedimientos administrativos, la doctrina ha enfatizado sobre su carácter “de no estrictamente rituado”, en contradicción con los procedimientos típicamente jurisdiccionales. De forma que, “el procedimiento administrativo es flexible; indica al funcionario que lo impulsa que simplemente garantice los extremos del debido proceso, sin exigir etapas o períodos predeterminados en materia probatoria ni formalidades excesiva”.

2.1.2. Caso Concreto

Procede la Sala a resolver respecto del cargo formulado en los escritos de demandas acumuladas y coadyuvantes, a partir del cual se acusa la nulidad de las Resoluciones Nos 052 de 14 de enero de 2019 y 084 de 18 de enero de 2019, toda vez que se considera infringe el artículo 282 numeral 4 de la Constitución Política, artículos 21 y 22 de la Ley 24 de 1992, los artículos 26 y 30 de la Ley 941 de 2005, Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y Decreto ley 025 de 2014, en la medida que los defensores públicos no se les puede someter a concurso de mérito, como quiera que su vinculación se hace directamente a través de contratos de prestación de servicios, la falta de competencia para proferir los actos acusados por parte del Defensor del Pueblo y falta de publicación de la convocatoria en el diario oficial.

i) A los defensores públicos se les puede someter a concurso de mérito, a pesar de que su vinculación se hace directamente a través de contratos de prestación de servicios.

En tal sentido, es importante precisar que el objeto de la Litis que se discute en los procesos acumulados, se limita esencialmente a las siguientes normas y concepto de violación:

Norma violada y/o causal de nulidad	Concepto de violación
Artículo 282-4 Constitución Política	Violación directa de una norma superior. Los actos administrativos enjuiciados violan el artículo 282-4 al no fundarse en las normas en que debía hacerse, esto es la Ley 24 de 1992, Ley 941 de 2005, Decreto 025 de 2014, Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007
Artículos 21 y 22 de la Ley 24 de 1992	No se hizo referencia a un concepto de violación particular
Artículos 26 y 30 de la Ley 941 de 2005	Relata que en el artículo 26 se establece que los defensores públicos serán vinculados mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales
Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007	<p>Asegura que en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se define el contrato de prestación de servicios. Por exigencia de la ley los defensores públicos solo pueden ser vinculados si pertenecen al RNA y se suscribe con ellos un contrato de prestación de servicios profesionales, modalidad esta que pertenece a la contratación directa.</p> <p>En la Resolución No 1070 del 2017, no se definió el requisito precontractual de aprobación del concurso para ser defensores públicos.</p> <p>La contratación de los defensores públicos no admite para la suscripción de los contratos de prestación de servicios que se les imponga requisitos, procedimientos o ritualidades que no estén contempladas en la ley. La contratación es directa, por lo cual de tajo excluye la creación de concursos.</p>
Decreto Ley 025 de 2014	Existe incompetencia del Defensor del Pueblo toda vez que se desoyó su obligación de acatar sin vacilación el Decreto Ley 025 de 2014, que en su artículo 17 numeral 7, establece como funciones del titular de la Dirección Nacional de la Defensoría Pública, entre otras la de establecer los criterios y lineamientos para evaluar a los operadores vinculados al Sistema Nacional de Defensoría Pública
Ley 1437 de 2011 artículo 65	Falta de notificación de los actos enjuiciados al no publicarse en el diario oficial

De acuerdo con los numerales 1° y 2° del artículo 22 de la Ley 24 de 1992, la defensoría pública la deben prestar los abogados vinculados a la entidad o los contratados que estén inscritos en el Registro de defensores, tal como sigue:

“Artículo 22. La Defensoría Pública se prestará:

1. Por los abogados que, como Defensores Públicos, formen parte de la planta de personal de la entidad.
2. Por los abogados titulados e inscritos que hayan sido contratados como Defensores Públicos (...).”.

A su vez, el artículo 26 de la Ley 941 de 2005 define quienes son los defensores públicos, así:

“Artículo 26. Definición. Son los abogados vinculados al servicio de Defensoría Pública que administra la Defensoría del Pueblo, previo el cumplimiento de los requisitos, mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales, para proveer la asistencia técnica y la representación judicial en favor de aquellas personas que se encuentren en las condiciones previstas en el artículo 2o de la presente ley, de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal.

Los contratos de prestación de servicios profesionales especializados podrán suscribirse con cláusula de exclusividad y no dará lugar en ningún caso a vinculación laboral con la Institución.”

Frente al cargo relacionado con que la vinculación de los defensores públicos no es dable realizarla a través de concurso, toda vez que su ingreso se hace mediante contratos de prestación de servicios, sujetos a la regulación y a los

presupuestos establecidos por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que trae la definición de dicho contrato, como aquellos que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta, debe precisarse que la apertura del proceso de selección aludido no deslegitima la forma de vinculación de los defensores públicos.

Sobre el particular conviene indicar que la selección del contratista se hace a través de la modalidad de la contratación directa, atendiendo los principios de transparencia y selección objetiva que regula el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, para garantizar el cumplimiento eficaz del objeto acordado.

Precisa la Sala que de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 941 de 2005, la finalidad del Sistema Nacional de Defensoría Pública es proveer el acceso de las personas a la administración de justicia en materia penal, en condiciones de igualdad y en los términos del debido proceso, con respeto a los derechos y garantías sustanciales y procesales, para efecto de lo cual y con la finalidad de optimizar el servicio con profesionales del derecho que tengan compromiso con la ética pública y cuenten con la experticia e idoneidad se consideró realizar un proceso de selección de Defensores Públicos a la luz de los principios de igualdad, transparencia y objetividad.

Para desarrollar dicho propósito se suscribió el contrato interadministrativo No 386 de 21 de diciembre de 2018 con la Universidad Nacional de Colombia para realizar el proceso de selección de defensores públicos desde la etapa de publicación y divulgación de la convocatoria hasta su terminación.

De conformidad con la anterior motivación se expidió la Resolución No 052 de 14 de enero de 2019, por medio de la cual se dio apertura al proceso de selección de Defensores Públicos en los términos del anexo denominado “parámetros para la participación en el proceso de selección de defensores públicos”.

Sea lo primero aclarar que el referido proceso de selección de Defensores Públicos no responde exactamente a un concurso de méritos para seleccionar personal de carrera administrativa, se trata de un trámite tendiente a garantizar la selección objetiva, presupuesto inherente a la contratación directa, sin desconocer el contrato de prestación de servicios.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado al estudiar el tema en la sentencia del 2 de diciembre de 2013 donde dijo lo siguiente:

“84.- Así las cosas, la Constitución Política defiere al legislador en el inciso final del artículo 150 y en el artículo 352 que “...Compete al congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional...” y que por vía de la ley orgánica del presupuesto aquel es el llamado a definir “...la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar...”.

85.- Lo anterior significa que no le es dable al Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria, o a las autoridades administrativas crear causales de contratación directa, lo cual no obsta para que por la vía reglamentaria se puedan configurar procedimientos administrativos tendientes a garantizar la cumplida ejecución del marco procedimental de selección de contratistas establecido en la ley contractual.

En este sentido, los procedimientos administrativos de selección de contratistas en el derecho colombiano devienen de la ley y debe en consecuencia respetarse y aplicarse en los estrictos términos establecidos por el legislador.

Por lo tanto, la contratación de servicios profesionales está regulada por el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, razón por la cual al escoger para vincular profesionales a las entidades públicas, se deben cumplir con los presupuestos establecidos por la ley contractual, sin embargo, esto no significa que no se puedan aplicar procedimientos que permitan y garanticen la idoneidad en la selección del personal, en este caso los defensores públicos, pues, por el contrario, se deben garantizar los principios de transparencia y selección.

Observa la Sala que en los numerales 2 y 3 de la Resolución 052 de 14 de enero de 2019 se dispuso que el proceso de selección de defensores públicos, no constituye un concurso de méritos que genere derechos de carrera administrativa o vínculo laboral con la Defensoría del Pueblo. Igualmente se advirtió que dicho proceso de selección no desnaturaliza la contratación directa de estos servidores, cuya vinculación se surte mediante contrato de prestación de servicios profesionales.

De lo expuesto se desprende que no está prohibido que se realice un proceso de selección para surtir la contratación directa mediante el contrato de prestación de servicios, lo anterior enfocado a la selección objetiva que debe tener dicha modalidad de contratación.

Al desatar la solicitud de suspensión provisional de urgencia, el suscrito magistrado en auto de 28 de marzo de 2019, sostuvo que: “Revisada la motivación de la Resolución 052 de 2019 se observa que la finalidad que pretende la administración no es otra diferente a la de dar cumplimiento a los principios que rigen la contratación estatal, concretamente, para el caso en particular el principio de transparencia y selección objetiva, a través de una invitación pública y abierta, dirigida a quienes cumplan los requisitos mínimos para el ejercicio de la defensoría pública y proveer las plazas ofertadas con las personas más idóneas”.

Ciertamente, se considera que el proceso de selección que realiza el Defensor del Pueblo a través de los actos administrativos demandados, se ajusta al ejercicio de sus competencias y no contraviene el artículo 26 de la Ley 941 de 2005, en la medida que las personas que hagan parte de la lista definitiva de resultados, serán contratadas mediante la modalidad de prestación de servicios en orden descendente de calificación, lo que significa que la vinculación se justifica

bajo criterios de razonabilidad, y por necesidades del servicio, atendiendo un factor objetivo calificativo que le da lugar en la lista definitiva de resultados.

Respecto de la presunta infracción del Manual de Contratación de la Defensoría del Pueblo contenido en la Resolución No 1070 de 2017 se aclara que la misma al expedirse los actos acusados no se encontraba vigente al ser modificada por la Resolución No 1131 de 2018 que es el manual de contratación actual de la entidad, según lo manifestado por dicho organismo.

En conclusión, acogiendo el concepto del Ministerio Público, las resoluciones acusadas se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico, porque fueron proferidas por autoridad competente, en uso de las facultades constitucionales y legales establecidas, que ordena la apertura de un proceso de selección de defensores públicos, decisión motivada y sustentada en la ley, que busca aplicar un procedimiento transparente y objetivo respaldado con las disposiciones que gobiernan la materia, en especial el principio de selección objetiva establecido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, fundadas en la necesidad de escoger abogados calificados para el desempeño de la defensa pública, que exige profesionales del más alto nivel académico, idoneidad y experiencia que permitan asegurar una excelente prestación del servicio.

ii) Falta de competencia del Defensor del Pueblo

De acuerdo con el artículo 282 de la Constitución Política el Defensor del Pueblo debe velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: “(...) 4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley”.

Igualmente, el artículo 21 de la Ley 24 de 1992 establece que la defensoría pública se presta para las personas que no tienen recursos económicos que les permita designar un abogado y le asigna al Defensor del Pueblo la función de fijar los criterios a los que se debe someter el director de la Defensoría Pública.

De lo señalado se desprende que el Director Nacional de Defensoría Pública se debe someter a los lineamientos y presupuestos que sobre el tema de la defensa pública reglamente el Defensor del Pueblo entre las cuales se encuentra la selección de los defensores públicos.

Resalta la Sala que las Resoluciones 052 y 084 de 2019, fueron proferidas con fundamento en los numerales 1º y 7º del artículo 5º del Decreto Ley 025 de 2014, disposiciones que establecen:

“ARTÍCULO 5º. DESPACHO DEFENSOR DEL PUEBLO. Además de las señaladas en el artículo 282 de la Constitución Política, son funciones del Defensor del Pueblo, las siguientes:

1. Definir las políticas, impartir los lineamientos, directrices y adoptar los reglamentos y demás mecanismos necesarios para el eficiente y eficaz funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.
(...)

7. Dirigir y coordinar el Sistema Nacional de Defensoría Pública”.

Además, los artículos 27 y 28 de la Ley 941 de 2005 regulan la clasificación de los defensores públicos y le otorga al Defensor del Pueblo la facultad de reglamentar lo concerniente a los requisitos para efectos de su ingreso y autoriza su vinculación mediante la figura de la contratación de prestación de servicios, así:

“Artículo 27. Clasificación. Para efectos de su remuneración, los Defensores Públicos del

Sistema podrán clasificarse en tres (3) categorías:

1. Defensores Públicos ante jueces penales municipales.
2. Defensores Públicos ante jueces penales del circuito y del circuito especializado.
3. Defensores Públicos ante las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo. En caso de requerirse la sustentación de un recurso ante un funcionario superior, el defensor público deberá actuar sin que ello signifique cambiar de categoría.

Artículo 28. Requisitos mínimos. El Defensor del Pueblo establecerá mediante reglamento los requisitos mínimos que deberán cumplir los defensores públicos de acuerdo con las categorías a que se refiere este

capítulo, así como para contratar abogados particulares en aquellas regiones apartadas del país en donde sea insuficiente o no exista oferta de servicios profesionales para la prestación del servicio de defensoría pública”.

Por consiguiente, el Defensor del Pueblo es competente para fijar los requisitos de ingreso de los defensores públicos que prestarán este servicio, pues en calidad de representante legal de la entidad es el funcionario encargado de organizar y dirigir el organismo, ya que entre los fines de la función misional se halla la de prestar el servicio de defensa a las personas que lo requieran, por lo que es su deber seleccionar y contratar a este personal.

De acuerdo a lo indicado no es de recibo para la Sala, el argumento referente a que con la Resolución No 084 de 2019 el señor Defensor del Pueblo se abrogó la facultad de disponer de los defensores públicos en un periodo donde él ya no sería el jefe natural de los mismos, toda vez, que como se dijo anteriormente dicho funcionario tiene plena facultad legal para proferir decisiones orientadas a la organización, funcionamiento y coordinación del Sistema Nacional de Defensoría Pública.

iii) Falta de publicación de la convocatoria en el diario oficial

La parte demandante adujo que la entidad omitió publicar en el diario oficial la convocatoria pública para participar en el concurso de defensores públicos.

Para dar respuesta al cargo estudiado argumenta la entidad accionada que la publicación en el diario oficial no era necesario, porque el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, permite cumplir este requisito en un medio diferente según se trate y en el caso de la Defensoría lo hizo en su página web, ya que no tiene un diario oficial propio y, además, porque el artículo 119 de la Ley 448 de 1998 no consagra esta para los actos que abren las convocatorias.

Efectivamente el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 en cuanto al deber de publicar los actos de carácter general consagra:

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

(...)

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

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

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

Por lo señalado no le asiste razón a la parte actora al manifestar que la entidad accionada cumple con el requisito de publicidad de los actos acusados, únicamente con la divulgación en el diario oficial, debido a que la norma citada autoriza que dicha publicación se surta a través de diferentes medios, lo que sucedió en el sub-judice, toda vez que en la página web se informó en debida forma los actos que dan soporte al proceso de selección.

La publicación de las resoluciones atacadas a través de la página web, permitió que se diera observancia al principio de publicidad, toda vez que la correcta difusión por medios electrónicos oficiales del acto administrativo de carácter general constituye una garantía de transparencia de la actuación de los poderes públicos, facilitando y agenciando, por tanto, las condiciones para permitir el control del ejercicio del poder. Amén de haberse constituido en un mecanismo eficaz para su divulgación, por cuanto fue conocido por quienes tienen derecho a oponerse y a ejercer su defensa.

De otra parte, el Consejo de Estado en sentencia de 19 de julio de 201— con ponencia del suscrito magistrado sostuvo que la publicación de los actos administrativos hace referencia a su oponibilidad, no a su validez o existencia, razón por la cual su omisión no alcanza a viciar de nulidad al mismo, es decir, que su incumplimiento solo hace que no sean obligatorios, por tanto, no son eficaces. En dicha providencia se dijo:

“(…)

En este orden de ideas, se precisa que la publicidad de los actos administrativos de contenido general corresponde a un principio rector de la actividad de las autoridades administrativas, lo que de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política, conlleva una obligación para la entidad estatal de poner en conocimiento de los destinatarios de las decisiones que profieren para que se enteren de ellas y así permitir que sean impugnados a través de los recursos y acciones contempladas en

la ley.

Igualmente, se puede concluir que la falta de publicidad de un acto administrativo de contenido general, no lo vicia de nulidad, sino que tiene que, con su eficacia u oponibilidad frente a terceros, puesto que en ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“...El requisito de publicación de los actos administrativos de carácter general es un presupuesto de eficacia u oponibilidad frente a terceros, y no de validez; y que los actos generales expedidos por las entidades y órganos del orden nacional deben ser publicados en el diario oficial (...). Esta Corporación ha indicado en repetidas oportunidades que la falta de publicación de un acto

administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto, pero para el acto de carácter particular que se expida con fundamento en él, se erige en presupuesto de validez. Así las cosas, es claro que, de conformidad con la normativa aplicable, y la jurisprudencia reiterada (...), es obligatorio para las entidades y órganos del orden nacional, incluyendo a las entidades autónomas, publicación de sus actos administrativos de contenido general en el diario oficial; y por ende se constituye en requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros....

Condensando lo anterior, las Resoluciones Nos 052 de 14 de enero de 2019 y 084 de 18 de enero de 2019, expedidas por el Defensor del Pueblo, mantendrá incólume su presunción de legalidad y se negaran las súplicas de la demanda.

III. DECISIÓN

Como corolario de lo expuesto esta Corporación encuentra que el cargo presentado en la demandas acumuladas no está llamado a prosperar, comoquiera que la Resolución No 052 de 14 de enero de 2019 “Por la cual se da apertura al proceso de selección de defensores públicos de la Defensoría del Pueblo” y 084 de 18 de enero de 2019 “Por la cual se modifica el título final de la Resolución No 052 de 2019”, expedidas por Carlos Alfonso Negret Mosquera en calidad de Defensor del Pueblo, no fueron expedidas con violación de la ley, pues no riñen con el artículo 282 numeral 4 de la Constitución Política, artículos 21 y 22 de la Ley 24 de 1992, los artículos 26 y 30 de la Ley 941 de 2005, Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y Decreto ley 025 de 2014; por el contrario, la Sala arribó a la conclusión que se constituye en fiel desarrollo de estas disposiciones normativas, por ende, mantendrán incólume su presunción de legalidad; y siendo ello así, se negarán las súplicas de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

(Firmado electrónicamente)

(Firmado electrónicamente)



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

 logo