

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A CONCURSO DE MERITOS– Utilización de lista de elegibles

Como ya se mencionó, la lista de elegibles sólo puede ser utilizada para el concurso para el cual fue establecida, entonces, tal y como fue en éste caso, la Comisión hizo uso de la lista para los cargos inicialmente ofertados y el uso para un cargo adicional se debió a que no hubo inscripción para una de las vacantes que existían. La negativa entonces de la Comisión se encuentra plenamente fundamentada y conforme a derecho; consecuentemente, las peticiones del actor no pueden prosperar.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – Banco Nacional de Lista de Elegibles

Frente a la solicitud del actor de que fuera incluido en el Banco Nacional de Lista de Elegibles, debe decirse que éste está reglamentado en los artículos 3 numeral 4, 18, 19 y 20 del Acuerdo 150 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y la utilización del Banco de Lista de Elegibles sólo es posible una vez se haya agotado el orden establecido en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005. Además, la utilización del banco de lista de elegibles “sólo procede para la provisión de vacantes definitivas en empleos de carrera y empleos de carácter temporal”, sin embargo, debe entenderse que la utilización del banco de lista de elegibles no tiene cabida cuando se está adelantando un concurso para dichos cargos, dado que de acuerdo a la normativa que regula la materia es justamente el concurso el mecanismo idóneo para la determinación de quienes están llamados a ocupar un cargo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1227 DE 2005 - ARTÍCULO 7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012).

Radicación número: **15001-23-15-000-2011-00407-01(AC)**

Accionante: **EDWIN IGNACIO FONSECA SALAMANCA**

Accionado: **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

Acción de Tutela – Fallo

La Sala procede a resolver las impugnaciones presentadas por EDWIN IGNACIO FONSECA SALAMANCA y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL en contra del fallo de tutela proferido el 16 de septiembre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que resolvió amparar parcialmente los derechos del accionante.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El accionante presentó acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) por considerar que han vulnerado sus derechos fundamentales “al debido proceso, de petición, a la igualdad, acceso a la carrera administrativa y al trabajo” debido a que otras personas en sus mismas condiciones sí han accedido a la carrera administrativa y por cuanto él no ha sido incluido en el Banco de Elegibles.

1.1. Los hechos

Se pueden resumir así:

El actor ingresó como provisional a la Gobernación de Boyacá en el mes de julio del año 2004 y desde esa fecha al día de hoy se encuentra desempeñando el mismo empleo.

El actor se inscribió a la convocatoria No 01 de 2005 para desempeñar uno de los ocho empleos que fueron reportados por la Gobernación de Boyacá

De los ocho empleos identificados con el No 45960 la Comisión Nacional del Servicio Civil sólo publicó cinco (5) para la fase II ya que los tres (3) restantes se encontraban cobijados por el beneficio establecido en el Proyecto de Acto Legislativo 259/08 Cámara y 023/008 Senado.

El 14 de diciembre de 2008 presentó pruebas de competencias funcionales y la prueba de competencias comportamentales y posteriormente fue seleccionado en la lista de elegibles ubicando el octavo puesto (frente a sólo cinco empleos ofertados).

El Acto Legislativo fue sancionado el 16 de diciembre de 2008 y posteriormente declarado inexecutable mediante sentencia C-588 de 2009, razón por la cual la Comisión Nacional del

Servicio Civil procedió a reanudar el concurso frente a dichos empleos. Las vacantes fueron ofertadas en abril de 2011 y actualmente se encuentran en proceso de selección.

Según el actor, el hecho de haber ofertado los cinco cargos fue “injusto, ilegal, ilógico e irracional” por cuanto la CNSC aplicó un acto legislativo que en ese momento era inexistente y se encontraba solamente en la etapa de debates. En todo caso, al actor lo acompaña un “mayor u único derecho porque aún habiendo estado como posible beneficiado con un acto legislativo que no había sido promulgado, hice caso omiso a tal expectativa y continué en la fase II y demás fases del concurso [...]”

El orden de la lista de elegibles estipulado en el artículo 2 de la Resolución 1168 de 2009 fue el siguiente: 1. JOSÉ DANILO CEPEDA ARIAS; 2. CLARA ELVIRA CASTRO GÓMEZ; 3. DIEGO ALEJANDRO VARGAS BAEZ; 4. ALEJANDRA CONSTANZA PIRAZAN AVIL; 5. MAGDA YADIRA MILLÁN OROZCO; 6. GIOVANNI ADOLFO SÁNCHEZ PRIETO; 7. MARÍA CAROLINA SUAREZ LEÓN; 8. EDWIN IGNACIO FONSECA SALAMANCA; 9. PILINLORENA LÓPEZ LOPEZ; 10. ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES; 11. ALEX FERNANDO GONZÁLEZ SÁNCHEZ y 12. JENNY ROCÍO ACUÑA GONZÁLEZ.¹

De las personas que se encontraban en la lista, los ubicados en los primeros siete puestos ya fueron posesionados en periodo de prueba para el cargo, o en el caso de la persona que se encontraba en el tercer lugar de la lista, no aceptó la designación.

Tanto la Gobernación de Boyacá como el actor han solicitado en repetidas ocasiones autorización para usar la lista de elegibles consagrada en la Resolución 1168 de 2009 para llenar el cargo que él ocupa provisionalmente. En todas las ocasiones la Comisión Nacional del Servicio Civil ha negado la solicitud².

Mediante oficio de 27 de septiembre de 2010, la Comisión le informó al Gobernador de Boyacá sobre la procedencia de utilizar la lista de elegibles establecida en la Resolución 1168 de 2009 para proveer un (1) cargo de los tres que en principio se habían visto cobijados por el Acto Legislativo 01 de 2008. Ello por cuanto para las aplicaciones IV y V, habiéndose ofertados en dos ocasiones los empleos, no se inscribió ninguna persona, por lo tanto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, se autorizó

¹ Folio 23 del expediente.

² Al respecto pueden verse las comunicaciones a folios 27 a 43 y 56 del expediente

que uno de dichos cargos fuera provisto por la persona que en ese momento ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles (MARÍA CAROLINA SUAREZ LEÓN).

No obstante el anterior antecedente, la CNSC el día 24 de mayo de 2011 le comunicó a la Gobernación de Boyacá que “no era procedente autorizar el uso de la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No 1168 del 28 de octubre de 2009 para el empleo número 45960, para proveer las vacantes del mismo empleo que se encuentran en proceso de selección en el Grupo II de la Aplicación V de la Convocatoria 001 de 2005, como quiera que su provisión deberá efectuarse con lista de elegibles que se genere producto del proceso de selección llevado a cabo en dicha aplicación”³.

El actor es el actual primer puesto en la lista de elegibles y es por eso que la Gobernación ha enviado peticiones ante la CNSC para que se autorice la utilización de la lista de elegibles y con ello pueda ser posesionado.

Dado que en estricto orden de méritos el actor se encuentra ubicado en el primer puesto, debe consecuentemente hacer parte del Banco de Lista de Elegibles según lo dispuesto en el Acuerdo 150 de 2010 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En el momento hay otro proceso de selección para dos de los tres cargos que inicialmente no fueron ofertados, sin embargo, no fue tenido en cuenta que el actor puede ser utilizado como parte del banco de elegibles.

1.2. Las pretensiones

El actor presentó las siguientes:

“se ORDENE A LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL APLICAR EL DECRETO PRESIDENCIAL 1227 DE 2005 ARTÍCULO 7 NUMERAL 7.6, EL ACUERDO 150 DE 2010 ARTÍCULOS 8 Y 22 DEL LA (sic) CNSC Y EMITA AUTORIZACIÓN A LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ PARA UTILIZAR LA LISTA DE ELEGIBLES PUBLICADA MEDIANTE RESOLUCIÓN No 1168 DEL 28 DE OCTUBRE DE 2009 PARA EL EMPLEO No 45960 Y SE SURTA

³ Radicado de salida No 19355 de 24 de mayo de 2011

MI NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA EN EL EMPLEO QUE ESTOY OCUPANDO PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 219 GRADO 13, POR SER EQUIVALENTE con los que hacen parte de la citada resolución, y porque el citado empleo fue ofertado el 18 de marzo de 2011(sic) con el número 45960, producto de una ilegalidad cometida por la CNSC en el mes de septiembre de 2008 al excluirlo de la convocatoria 01 de 2005 por virtud de un acto legislativo inexistente en esa fecha

“[...] en aras a que no se me cause un perjuicio irreparable ser ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, suspender la convocatoria que se adelante, para proveer los 2 empleos identificados con el No 45960 Grupo II de la aplicación V, ofertados el 18 de abril de 2011 mediante el aplicativo ‘Oferta Pública de Empleados de Carrera – OPEC Segundo Grupo’ donde se muestran los empleos que están cobijados por el acto legislativo reportando por las entidades –Nivel jerárquico - Profesional- número de prueba 132 ‘PARA EMPLEOS DE ÁREAS DE DESEMPEÑO TRANSVERSAL O DE APOYO EN ACTIVIDADES GENÉRICAS DE OFICINAS JURÍDICAS’- Gobernación de Boyacá – convocatoria 001 de 2005 con la cual se ofertó el empleo que en la actualidad estoy ocupando en provisionalidad en la Gobernación de Boyacá, perjuicio que se concreta en el hecho de no acceder a la carrera administrativo antes del 2 de diciembre de 2011 cuando la lista de elegibles de la cual hago parte pierda vigencia.” (Mayúsculas propias del texto original)

2. La contestación de la Demanda

La **Comisión Nacional del Servicio Civil** solicitó que se niegue el amparo solicitado por el actor al configurarse una “carencia total de objeto tutelable”. Luego de hacer una breve recapitulación de los hechos, sustentó su decisión basada en los siguientes argumentos: (i) La Gobernación de Boyacá solicitó autorización para utilizar la lista de elegibles y nombrar en provisionalidad al actor, sin embargo, la CNSC respondió que no era procedente utilizar dicha lista de elegibles dado que las vacantes existentes deben elegirse con base al Grupo II de la Aplicación V de la Convocatoria 001 de 2005, una vez se genere la lista de elegibles, por ello, si se privilegiara al actor sobre aquellos que se encuentran participando, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad de quienes se encuentran expectantes del resultado. (ii) No existe vulneración al derecho de petición por cuanto siempre se ha dado respuesta de fondo frente a las solicitudes del actor, el hecho de que no haya sido respuesta favorable a éste no implica que haya violación a su derecho fundamental.

Además, señaló que la CNSC no había autorizado el uso de la lista de elegibles de la Resolución 1168 de 2009 para la provisión de alguna de las dos vacantes restantes del mismo empleo 45960, pues en cumplimiento de la sentencia C – 588 de 2009 que ordenó

reanudar los concursos que estaban suspendidos, para la provisión de esas vacantes, se adelantó un proceso de selección, que a la fecha está en curso.

3. Fallo Impugnado

Mediante sentencia del 16 de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Boyacá resolvió amparar los derechos fundamentales del actor respecto a la posibilidad de que ingresara al nuevo proceso de selección y negar las demás pretensiones de la tutela. La parte resolutive de la decisión es del siguiente tenor:

“CONCEDER el amparo solicitado, y en consecuencia de (sic) **ORDENA** A LA Comisión Nacional del Servicio Civil que en cumplimiento de lo decidido en la sentencia C-588 de 2009, se adopten todos los actos y trámites administrativos necesarios, ha (sic) que haya lugar, en un término no superior a treinta (30) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, con el fin de que se garanticen los derechos del señor Edwin Ignacio Fonseca Salamanca a participar en el concurso público de méritos para proveer los dos (2) empleos ofertados en el grupo II, número OPEC 45960”

Considera que (i) de acuerdo a lo que se encuentra probado en el proceso, así como lo establecido en la sentencia T – 294 de 2011⁴ al haber sido expedido el Acto Legislativo 01 de 2008 se ordenó la suspensión de todos los concursos públicos que se estuvieran adelantando sobre los cargos ocupados por empleados que pudieran ser beneficiados con el citado Acto.

De ésta manera, cuando la CNSC suspendió el concurso respecto de tres de las vacantes identificadas con el código 45960 no hizo más que dar cumplimiento a la norma. Como posteriormente el Acto Legislativo fue declarado inexecutable con efectos retroactivos, la CNSC debía reiniciar los procesos y en el caso concreto, sólo podía hacerlo frente a esas tres vacantes que en su momento no habían sido ofertadas, iniciando así un nuevo proceso el cual actualmente se encuentra en curso. Por ello, consideró que la CNSC actuó adecuadamente al no autorizar el uso de la lista de elegibles para los dos cargos que el actor aduce ya que sobre ellos se dio la suspensión del concurso y por la declaratoria de inexecutable debía reanudarse.

⁴ Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

(ii) Sobre el derecho a la igualdad señaló que no estaba probado que se haya dado un trato diferente a personas que se encontraran en las mismas circunstancias del actor y se las haya nombrado en algún cargo que hubiera sido suspendido del concurso de méritos.

(iii) De igual forma, que no hay violación al derecho de petición ya que si bien las solicitudes ante la CNSC fueron negadas, siempre fueron resueltas de fondo.

(iv) Finalmente, y aunque el Tribunal no observó que se hubiera vulnerado el derecho al acceso a cargos públicos del actor, en aras de proteger los derechos de éste, la Sala ordenó que adoptaran todos los trámites y actos administrativos necesarios para garantizar que el señor EDWIN IGNACIO FONSECA SALAMANCA siguiera participando en el concurso de méritos para proveer dos empleos del grupo II e identificados con el código 45960, pues la sentencia C – 588 de 2009 “ordenó la reanudación de los concursos suspendidos, **sin desmedro del derecho que asistía a quienes venían inscritos en las respectivas convocatorias realizadas antes de expedirse el acto legislativo declarado inexecutable**”.

Impugnación

El **accionante** solicitó que se revoque la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá y en su lugar ampare sus derechos al debido proceso, de petición, a la igualdad y al acceso a la carrera administrativa. Sus argumentos se pueden resumir de la siguiente manera: (i) El Tribunal guardó silencio sobre la omisión en la cual incurre la CNSC de aplicar el artículo 22 del Acuerdo 150 de 2010 en concordancia con el numeral 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, es decir, considerar la equivalencia que existe entre el cargo que actualmente desempeña y los cinco empleos de la lista de elegibles conformada por la Resolución 1168 de 2009 de la cual hace parte⁵.

(ii) El Tribunal en su estudio del procedimiento del concurso sólo tuvo en cuenta la posición sostenida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y desconoció que en el escrito de tutela el actor manifestó “serios reproches frente al procedimiento irregular que se adelantó con el empleo que ocupó” ya que antes de que se promulgara el Acto Legislativo 01 de 2008 la CNSC suspendió la convocatoria de 3 cargos de los 8 reportados, por lo que la

⁵ Dicho acuerdo fue sustituido por el Acuerdo 159 de 2011, el cual ya no habla de empleo equivalente sino empleo con similitud funcional.

reanudación del proceso se haría frente a los 8 empleos objeto del concurso, no solamente frente a cinco de ellos, contrariando así la propia circular expedida por la CNSC.

(iii) No comparte la apreciación del Tribunal frente a que la CNSC resolvió sus derechos de petición de fondo, por el contrario, considera que nunca se dio una respuesta de fondo y simplemente se limitaron a contestar con remisiones normativas y evasivas sin que se analizara de fondo el caso del actor.

(iv) Sí hay vulneración al derecho a la igualdad ya que él se encuentra en las mismas condiciones que MARÍA CAROLINA SUAREZ LEÓN tal y como lo sostuvo en la tutela, caso en el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil permitió que fuera utilizada la lista de elegibles conformada por la Resolución 1168 de 2009 y que con ello fuera nombrada en periodo de prueba para ocupar uno de los cargos que inicialmente no habían sido ofertados, mientras que él, que actualmente se encuentra en el primer puesto dentro de la lista de elegibles, no ha sido autorizado para que pueda ser nombrado en periodo de prueba a pesar de la solicitud que elevó la Gobernación de Boyacá. De esta manera, la lista de elegibles sí puede utilizarse para proveer cargos distintos a los inicialmente ofertados.

Por su parte la **Comisión Nacional del Servicio Civil** impugnó la decisión y argumentó que el nombramiento en periodo de prueba de una de las tres vacantes se debe a que nadie se inscribió al concurso de méritos para dicho cargo; dado que frente a los otros dos empleos sí hubo inscritos, en este momento se está realizando el concurso de méritos para realizar la lista de elegibles a esos cargos.

Por ello “resulta claro que la lista de elegibles generan un derecho adquirido a los elegibles que al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron. A diferencia, a los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria que les generara el derecho a ser nombrados, les asiste una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de empleos en vacancia definitiva, caso en el cual, su permanencia en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, les concede la garantía que durante la vigencia de la lista específica de la cual hacen parte y, una vez efectuado los nombramientos de los elegibles que ocuparon las primeras posiciones, ‘...la entidad para la cual se realizó el concurso deberá utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el

mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel⁶⁷.

El actor ya hizo parte de un concurso y como resultado de éste se encuentra en lista de elegibles, si se permitiera que el actor hiciera parte de un concurso del cual no es parte se estaría violando los derechos fundamentales de las personas que actualmente se encuentran participando.

Dadas las condiciones propias de un concurso, no puede ser de recaudo que se ordene la inclusión del actor en un concurso que se encuentra actualmente en desarrollo dado que toda modificación que se realice tiene profundos efectos en la planeación, organización y ejecución del concurso, que en últimas implica ipso facto un “concurso nuevo” e implica una violación de los derechos fundamentales de quienes se encuentran participando por las dos vacantes que resultan, así como un atentado grave contra las normas y la jurisprudencia que rigen los concursos de méritos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme a las impugnaciones presentadas contra el fallo de primera instancia, procede la Sala a decidir si se violaron los derechos al debido proceso, de petición, a la igualdad, acceso a la carrera administrativa y al trabajo al no reconocer al actor dentro del banco de lista de elegibles para desempeñar el empleo con código OPEC 45960 y si era posible que el Tribunal ordenara que el actor fuera incluido dentro del nuevo concurso para ocupar los dos empleos a los cuales no se les ha señalado una persona para que lo desempeñe.

La acción de tutela es el mecanismo judicial mediante el cual toda persona puede reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, en los casos expresamente señalados por la ley.

Instituida en el artículo 86 de la Constitución Política, esta acción goza de un

⁶ Decreto 1227 de 2005, Artículo 33

⁷ Folio 130 del expediente

procedimiento especial, preferente y sumario, así como de ciertas características particulares que limitan su uso a determinadas circunstancias; su finalidad es servir de mecanismo, por excelencia, para lograr el amparo de los derechos fundamentales.

Como rasgos principales de la acción de tutela se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez.

En virtud de la primera, sólo es posible hacer uso de la acción cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, excepto cuando es utilizada como un mecanismo transitorio, si se evidencia un perjuicio irremediable y se busca evitar o mitigar los daños causados.

Por su parte, en razón de la inmediatez, se erige como el instrumento jurídico de protección, viable sólo cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual de un derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

Sobre la procedencia de la acción de tutela frente a los actos administrativos que regulan o ejecutan un concurso de méritos, la Corte Constitucional en sentencia T-315 de 1998⁸, señaló:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

⁸ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Recientemente, la Corte Constitucional profundizó sobre el alcance de la procedibilidad de la tutela contra los concursos de méritos, al respecto dijo:

“En armonía con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y en relación con situaciones jurídicas referidas a la aplicación de la lista de elegibles y las correspondientes designaciones en empleos públicos, esta Corporación ha analizado las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo y ha establecido sus alcances en materia de restablecimiento de los derechos fundamentales de quien no es designado en el cargo al que aspira, y ha concluido que la acción de tutela se erige en un procedimiento eficaz con que cuenta el afectado, para que el nominador atienda el resultado del concurso y realice la designación atendiendo la conformación de la Lista de Elegibles, teniendo en cuenta que los mecanismos ordinarios no resultan lo suficientemente eficaces, en razón del tiempo que dura un proceso tramitado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que permite la expiración de la vigencia de las listas de elegibles, entre otras razones⁹”.

De igual forma, ésta Sala ha precisado que la tutela será procedente en estos casos solamente si no se ha configurado una lista definitiva de elegibles que configure derechos subjetivos a los que allí participan, dado que una vez la lista de elegibles se encuentre en firme, se podría atentar contra los derechos subjetivos de sus integrantes los cuales pueden tener situaciones jurídicas consolidadas, motivo por el cual la Sala ha considerado que no es pertinente la modificación y mucho menos la suspensión de la lista. Sin embargo, en este caso, la controversia del actor no es frente a la lista de elegibles; precisamente lo que pretende es que la lista de elegibles de la cual hace parte se utilice para proveer el cargo que el ocupa provisionalmente y al cual no pudo ofertar en virtud de que no fue parte de la convocatoria inicial, con motivo de la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2008.

En ese sentido frente al alcance que se le han dado a los concursos de méritos y la lista de elegibles, se ha entendido que las listas producto del concurso son única y exclusivamente para los puestos expresamente ofertados. En una reciente sentencia de unificación de la Corte Constitucional, sobre éste aspecto se pronunció y dijo:

“La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer con carácter obligatorio para la administración la forma como ha de proveer los cargos que fueron objeto de concurso. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y

⁹ Ver Sentencia T-101 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell o sentencia T 654 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación o integración, la administración, con fundamento en los resultados objetivos de las diversas fases de aquél, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que **deben** ser designadas en las plazas objeto de convocatoria, de conformidad con las precisas reglas del concurso.

*“Este acto tiene una vocación transitoria, en el sentido que su obligatoriedad tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales, el primero, tiene que ver con su obligatoriedad, que significa que durante su vigencia, la administración **debe** hacer uso de ella para llenar las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria y que le dieron origen al concurso. La segunda, que mientras ella rija, la administración no puede realizar concurso alguno para proveer las plazas objeto de dicho registro, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de esta manera no sólo resultan satisfechos los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal tales como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional.*

[...]

*“Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes para las cuales se convocó el respectivo concurso **y no para otros**, porque ello implicaría un desconocimiento de las reglas específicas de aquel. Por tanto, no se puede hablar de un desconocimiento de derechos fundamentales ni de los principios constitucionales cuando la administración hace los nombramientos en estricto orden de méritos y observando las reglas previamente establecidas en la convocatoria. El segundo, que durante la vigencia de esa lista o registro de elegibles, la administración haga uso de ese acto administrativo para proveer **sólo** las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros.¹⁰” (Negrillas propias del texto original)*

La Sala observa entonces cómo la lista de elegibles tiene un alcance limitado, no se puede utilizar dicha lista más que para proveer los empleos que específicamente fueron ofertados; obrar de otra manera implicaría la vulneración de los derechos fundamentales de terceros, ya sea por que hay una lista de elegibles propia para ese otro empleo, o porque el empleo se encuentra en proceso de concurso y quienes están participando conformarán, según los resultados de las pruebas, la lista de elegibles para el mismo. Por ello, una vez se hace la escogencia de un empleo ofertado, se sigue el concurso hasta su finalización, sin que se tenga la posibilidad de optar para otro empleo..

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia SU 446 de 2011

Caso concreto

La Sala considera que la discusión planteada por el actor radica en establecer si el actuar de la Comisión Nacional del Servicio Civil violó sus derechos fundamentales invocados al no permitir usar la lista de elegibles, en la cual él se encuentra, para ocupar una de las vacantes en los cargos OPEC 45960 de la Gobernación de Boyacá.

En primer término, la validez o no de la actuación de la CNSC de (i) haber suspendido el concurso sobre tres plazas de las ocho inicialmente solicitadas y una vez la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del Acto, (ii) haber reanudado el concurso inicialmente suspendido no es procedente estudiarla en este momento dado que los hechos ocurrieron en el año 2008 y frente a la presente acción de tutela no se cumple con el requisito de la inmediatez

Aunque la Sala observa que se encuentra probado dentro del expediente que frente al caso de una de esas tres vacantes se decidió nombrar a una persona que estaba en la lista inicial de elegibles, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en respuesta a una solicitud del actor, fue clara en manifestar que eso se debió a que para dicha vacante no hubo inscripción de participantes; mientras que frente a los otros dos empleos sí hubo personas inscritas, por lo tanto, no era dable utilizar la lista de elegibles para ese nuevo proceso, razón por la cual no se violó el derecho a la igualdad.

Como ya se mencionó, la lista de elegibles sólo puede ser utilizada para el concurso para el cual fue establecida, entonces, tal y como fue en éste caso, la Comisión hizo uso de la lista para los cargos inicialmente ofertados y el uso para un cargo adicional se debió a que no hubo inscripción para una de las vacantes que existían. La negativa entonces de la Comisión se encuentra plenamente fundamentada y conforme a derecho; consecuentemente, las peticiones del actor no pueden prosperar.

Frente a la solicitud del actor de que fuera incluido en el Banco Nacional de Lista de Elegibles, debe decirse que éste está reglamentado en los artículos 3 numeral 4, 18, 19 y 20 del Acuerdo 150 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y la utilización del Banco

de Lista de Elegibles sólo es posible una vez se haya agotado el orden establecido en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005¹¹.

Además, la utilización del banco de lista de elegibles “sólo procede para la provisión de vacantes definitivas en empleos de carrera y empleos de carácter temporal”¹², sin embargo, debe entenderse que la utilización del banco de lista de elegibles no tiene cabida cuando se está adelantando un concurso para dichos cargos, dado que de acuerdo a la normativa que regula la materia es justamente el concurso el mecanismo idóneo para la determinación de quienes están llamados a ocupar un cargo¹³.

Ahora, frente a lo expresado por la Comisión al considerar que la orden proferida por el Tribunal viola abiertamente los derechos fundamentales de las personas que se encuentran actualmente en el concurso de méritos, especialmente frente a su derecho a la igualdad ya que se trata de un concurso reglado y con sujeto a un cierto orden, para la Sala, la decisión que tomó la primera instancia no viola derechos fundamentales de terceros pues en este caso aún no hay lista de elegibles y se están adelantando las diferentes pruebas. Por ello, no hay vulneración frente a los que allí participan que solo

¹¹ El tenor literal del artículo es el siguiente: “**ARTÍCULO 7o.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

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

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

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

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

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

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

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

¹² Inciso segundo del numeral cuarto del artículo 3 del Acuerdo 150 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

¹³ Constitución Política artículo 125 y Ley 909 de 2004.

cuentan con una posibilidad de poder acceder a un cargo, con una mera expectativa y no gozan de un derecho adquirido.

Para la Sala, la decisión del Tribunal debe ser confirmada pues siguió el precedente constitucional que en un caso similar tomó la misma decisión, luego de estas consideraciones que se transcriben para evidenciar su similitud:

“8.2.3 En aplicación del Acto Legislativo 01 de 2008, la Comisión Nacional del Servicio Civil inició los trámites necesarios para la inscripción extraordinaria y al mismo tiempo suspendió el concurso No. 01 de 2005 respecto de las vacantes o empleos que debían ser provistos por los beneficiarios del Acto Legislativo No. 01 de 2008, dentro de los cuales se encontraba uno de los empleos con código OPEC 41923, ahora en discusión¹⁴.

8.2.4 Respecto de las demás vacantes que fueron ofertadas mediante la convocatoria No. 01 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil continuó adelantando todas las etapas dispuestas en las aplicaciones I, II y III¹⁵.

8.2.5 A partir del momento en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2008 la Comisión Nacional del Servicio Civil suspendió en la Fase II la convocatoria para el empleo No. 41923 de que trata esta tutela, de manera que no se adelantaron las fases de oferta del empleo, verificación de requisitos mínimos y la prueba de análisis de antecedentes¹⁶.

8.2.6 Posteriormente, el Acto Legislativo No. 01 de 2008 fue declarado inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional mediante sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, y en este mismo fallo se dispuso otorgarle efectos retroactivos a la decisión de inexecutable, de manera que se ordenó que se reanudaran los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieran sido suspendidos y que carecían de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que se hubieren realizado con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008.

[...]

8.2.7 Por tanto, la Comisión Nacional del Estado Civil, en cumplimiento de la sentencia C-588 de 2009 de agosto 27 de 2009, reanudó el concurso de méritos en relación con los empleos desempeñados por provisionales cuya convocatoria se había suspendido por encontrarse cobijados por el Acto Legislativo 01 de 2008, incluyendo la vacante del empleo OPEC No. 41923¹⁷.

8.2.8 Así las cosas, la Resolución 0394 del 30 de junio de 2009, conformó lista de elegibles solo para una de las vacantes del empleo OPEC código 41923, ya que para la fecha de expedición de esta resolución, la convocatoria respecto del segundo empleo No. 41923 aún se encontraba suspendida, razón por la cual para esta fecha la Comisión no había adelantado ninguna de las

¹⁴ Según consta en los folios 53-54 y 176-179 del cuaderno principal.

¹⁵ Ver folios 176-179 del cuaderno principal.

¹⁶ Ver folios 176-179 del cuaderno principal.

¹⁷ Según consta en la Circular 48 de 2009, Circular 054 de 2009 y el Acuerdo 106 de 2009, ver folios 64, 176-179, 197-202, 203-205, 206-217 del cuaderno principal.

etapas del proceso de selección de la vacante sin ofertar del empleo 41923, cobijada por el acto legislativo y ahora en discusión¹⁸.

8.2.9 Por otra parte, es de mencionar que en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo 25 de 2008, la Subdirección de Talento Humano de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización para hacer uso de la lista de elegibles conformada en la Resolución No. 394 de 2009, con el fin de proveer el segundo empleo No. 41923.

A la anterior solicitud, la Comisión Nacional del Servicio Civil respondió de forma negativa en consideración a que el cargo para el cual se pretendía usar la lista de elegibles debía ser ofertado y hasta tanto no se conformara la lista no se podía autorizar la solicitud.

8.3 De las anteriores constataciones, colige la Sala que en el presente caso no se evidencia la vulneración a los derechos al debido proceso, a la igualdad, al acceso a cargos públicos, ni el principio de la buena fe, alegada por la actora, ya que si bien la Sala reitera en esta nueva oportunidad la regla general de la carrera administrativa, el criterio del mérito y del concurso público para acceder a los cargos públicos, y la obligatoriedad para el nominador de la lista de elegibles para proveer los cargos de carrera sometidos a concurso, evidencia la Sala que la negativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil a utilizar la lista de elegibles conformada en el artículo 14 de la Resolución No. 394 de 2009, en la cual la accionante ocupaba el segundo lugar, con el fin de proveer el segundo cargo OPEC No. 41923, se ajusta a derecho, con fundamento en las siguientes razones

[...]

8.3.4 Por tanto, encuentra la Sala que las causas por las cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil suspendió la convocatoria respecto del empleo de que trata esta tutela, en la Fase II de la Convocatoria No. 01 de 2005, y posteriormente reanudó el concurso respecto del mismo, tienen un claro fundamento jurídico tanto en las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo 001 de 2008, como posteriormente en las órdenes emitidas en la sentencia C-588 de 2009¹⁹

Por lo anterior, en aras de garantizar el derecho al acceso a cargos públicos, la Sala confirmará la decisión de vincular al actor al nuevo proceso de selección de lista de elegibles para que junto con los demás interesados participe por uno de los dos cargos que aún no han sido ocupados, sin que ello resulta en una medida desproporcionada o violatoria del derecho a la igualdad.

¹⁸ Según obra en folios 176-179 del cuaderno principal.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T – 294 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

FALLA

Primero.- Confirmar la sentencia del 16 de septiembre de 2011, dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Segundo.- Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, inciso 2° del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO