

CARRERA ADMINISTRATIVA – Uso de lista de elegibles y de las listas del Banco Nacional de listas de elegibles / LISTAS DE ELEGIBLES – Vulneración de derechos fundamentales por decisión de la CNSC de extender efectos de fallo de tutela y usar listas para cargos no señalados en la sentencia y que ya contaban con sus listas de elegibles.

La CNSC se extralimitó en el cumplimiento de la sentencia de 30 de junio de 2011, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, pues allí claramente se indicó que se debía “*hacer efectiva la lista de elegibles de la Resolución 1575 de 2009*”, es decir, la que fue elaborada para proveer el cargo 44805, en la denominación profesional código 2020, grado 18. ...De manera que no podía la entidad, so pretexto de acatar una orden judicial, cobijar con los efectos del fallo dictado en la acción promovida por ELBERTH JULIÁN VILLAREAL FRANCO, a los demás empleos reportados en el mismo cargo de posesional 2020-18, especialmente el número 44971, el cual ya contaba con una lista de elegibles en la que la actora ocupó el primer puesto, según la Resolución 2453 de 1° de junio de 2011, visible a folios 113 a 115 del expediente. Tal proceder, sin duda alguna, constituyó una violación fragante de sus derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos de carrera, en estricto orden de méritos, es decir, el derecho al nombramiento de quienes han superado las pruebas y cumplido los requisitos para acceder a un cargo de carrera administrativa.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 / DECRETO 1227 DE 2005 - ARTICULO 7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00468-01(AC)

Actor: NORA INÉS PEÑA CLAVIJO

Demandado: COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL Y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 6 de septiembre de 2012, mediante la cual la Sección Segunda -Subsección C- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó la presente acción de tutela.

I – ANTECEDENTES.

I.1.- La acción.

La ciudadana **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**, actuando por conducto de apoderada judicial, promovió acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, contra la **COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL -CNSC-** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al acceso a cargos públicos, y por el desconocimiento del principio de confianza legítima.

I.2.- Hechos.

Manifestó que participó en la Convocatoria 001 de 2005, para proveer, por concurso abierto de méritos, el cargo de profesional código 2020, grado 18 reportado en la OPEC del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-** con el número 44971.

Señaló que presentó y superó todas las pruebas, ocupando el primer puesto en la lista de elegibles; no obstante, no pudo acceder al cargo, en virtud del cumplimiento de la sentencia de 5 de mayo de 2011, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, en la acción de tutela instaurada por **ELBERTH JULIÁN VILLAREAL FRANCO** contra la **CNSC**, Expediente núm. 2011-00270, mediante la cual se le ordenó a la Comisión *“hacer efectiva la lista de elegibles que fue conformada a través de la Convocatoria núm. 001 de 2005 y publicada a través de la Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009.”*

Anotó que la decisión fue confirmada mediante fallo de 30 de junio de 2011, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en el que se destacó que

la orden de amparo consistía en que la **CNSC** hiciera efectiva la lista de elegibles, conformada a través de la Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009, para el cargo señalado con el número 44805 de la Convocatoria 001 de 2005, es decir, un cargo diferente al que ella aspiró.

Indicó que la **CNSC**, so pretexto de acatar la orden del Tribunal, y mientras se desataba la segunda instancia, en virtud de la impugnación por ella propuesta, profirió el Auto 0204 de 17 de mayo de 2011, por medio del cual autorizó el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009, para proveer los empleos núms. 45102, 45511, 44727 y 44805 del cargo de profesional código 2020, grado 18; y suspendió el concurso de méritos para, entre otros, el empleo al que ella aplicó es decir, el núm. **44971**, sin que este hiciera parte de la Resolución 1575, cuya efectividad ordenaron los fallos judiciales.

Advirtió que el 1° de junio de 2011, la **CNSC**, mediante Resolución núm. 2453, procedió a conformar la lista para proveer la vacante del empleo núm. 44971, ofertado en la Etapa II del Grupo 1, para el cargo de profesional 2020-18, resultando elegida en el primer puesto.

Expuso que, pese a que la lista adquirió firmeza, por no haberse interpuesto recursos, la **CNSC**, en cumplimiento del fallo de segunda instancia dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **ELBERTH JULIÁN VILLAREAL FRANCO**, resolvió en Auto 0592 de 13 de julio y Resolución núm. 2509 de 23 de julio de 2012, declarar la pérdida de ejecutoria de la citada Resolución 2453 de 1° de junio de 2011 y autorizar el uso de la lista de elegibles de la Resolución 1575 de 21 de diciembre de 2009, para proveer, entre otros, el empleo 44971.

Arguyó que, con ello, la Comisión mezcló arbitrariamente las listas de elegibles conformadas para proveer el cargo de profesional 2020-18, así como los perfiles, funciones, ejes temáticos y pruebas, pues, en su caso, habiendo presentado la prueba que la clasificaba para el empleo que actualmente ocupa en encargo, es descartada automáticamente y trasladada a una lista de un área distinta.

Agregó que la Comisión, consciente de la afectación de los derechos de los demás concursantes, como consecuencia del cumplimiento del fallo de tutela, dispuso, en el mismo Auto 0592 de 2012, habilitar *“los PINES de los señores Nora Inés Peña Clavijo..., quienes luego de manifestar su intención de continuar en el concurso de méritos, de forma libre y espontánea puedan seleccionar un empleo de aquellos que se ofertarán en el Grupo III, en las fechas que determine la CNSC en el cronograma que disponga para tal fin...”*.

Sin embargo, dicha determinación representa una desventaja pues, en su caso, de ocupar el primer puesto en la lista de elegibles del Grupo I, pasó a ser parte de una “lista reconfirmada” en el Grupo III, que es el que se compone de quienes pertenecen al llamado “retén social” y al que es muy difícil acceder, debido a que su integración depende de las decisiones que los jueces adopten en las demandas que promuevan los empleados con derecho a pensión.

Por último, puso de presente que el día 15 de agosto de 2012, la Dirección General del **SENA** realizó una audiencia para la provisión de empleos de carrera administrativa, en la cual asignó el empleo núm. 44971 a la señora **HELENA LIBRADA VARGAS STERLING**, quien había aplicado en el concurso al empleo núm. 44727 y presentó la prueba 66 del área de desempeño misional.

I.2. Derechos fundamentales vulnerados.

Explicó que la sentencia de tutela en la que se fundamentó la demandada para dictar los actos reprochados, instaurada por **ELBERTH JULIÁN VILLARREAL FRANCO**, giraba en torno a un empleo distinto al que ella aspiró, por cuanto el actor solicitaba agotar el procedimiento para proveer el empleo núm. **44805** ofertado en el Grupo I de la Convocatoria 001 de 2005, como profesional 2010-18, el cual corresponde al nivel jerárquico profesional del área misional, asignado a la prueba 66. En consecuencia, el juez de tutela no pretendió -y no podía hacerlo- ocuparse del empleo al que concursó la demandante, es decir, el núm. **44971**, que difiere abiertamente del antes mencionado, pues su área de desempeño es *“transversal o de apoyo en actividades de planeación”*, cuya prueba asignada fue la núm. 128.

Al respecto, precisó que cada una de las mencionadas pruebas 66 y 128, evalúan competencias diversas, teniendo en cuenta que quien va a desarrollar funciones y actividades misionales le corresponde: *“Diseñar, organizar, coordinar, ejecutar y controlar los planes, programas, proyectos y acciones de la Regional, para el cumplimiento de la misión institucional, las metas, políticas y objetivos”*, mientras que quien aspira a cumplir funciones y labores de apoyo o transversales le concierne: *“Diseñar, organizar, coordinar, ejecutar y controlar planes, programas y proyectos para la evaluación de resultados de la gestión institucional”*, según da cuenta la información sobre los ejes temáticos y los contenidos de las pruebas de la página web de la **CNSC**, y que, en esa medida, la Comisión no podía fusionar las listas de elegibles para los diferentes empleos de la planta del **SENA**, constituyendo ello una actuación arbitraria que debe anularse.

En su criterio, la **CNSC** desconoció sus derechos fundamentales a la igualdad,

pues, no obstante haber superado el concurso de méritos y obtenido el primer puesto, se le impidió ser nombrada y posesionada en las mismas condiciones de los concursantes que también superaron las pruebas para otros cargos en la planta de personal del **SENA** y que se encuentran ocupando sus respectivos puestos; al debido proceso, por desconocimiento de las normas de carrera administrativa, según las cuales la provisión de cargos debe tener en cuenta el orden establecido en el correspondiente registro de elegibles; al trabajo, debido a que realizó todas las acciones positivas tendientes a procurarse por sus méritos, un digno empleo; y la confianza legítima, en relación con la expectativa de ser nombrada en el cargo al que concursó, habiendo superado la totalidad de las pruebas y ocupado el primer lugar de la lista.

Por lo precedente, formuló las siguientes:

I.3. Pretensiones.

***“PRIMERO:** Comedidamente solicitamos a los Honorables Magistrados que, conforme a lo previsto en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, desde la propia presentación de esta demanda, se disponga, como medida provisional, tomar las siguientes:*

*1°. Ordenar al **SENA** disponer que mientras se decide la presente acción de tutela, se abstenga de proferir el acto de nombramiento de la señora **HELENA LIBRADA VARGAS STERLING**, identificada con cédula No. 51.631.364, en el empleo 44971, quien, a pesar de haber aplicado para el empleo 44727, presentando la prueba 66 del área de desempeño misional, bajo el auspicio de las accionadas **SENA** y **CNSC**, escogió que la nombraran en aquél empleo (44971), en la audiencia celebrada el pasado 14 de agosto de 2012.*

*2°. Ordenar al **SENA** y a la **CNSC** suspender los efectos del Auto 0592 de 13 de julio de 2012 y de la Resolución núm. 2509 de 23 de julio de 2012, en lo que tienen que ver con el empleo 44971, jamás considerado y, por supuesto, tampoco juzgado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en las decisiones tomadas dentro del Expediente núm. 68001 23 31 000 2011 00270 01.*

3°. Ordenar al **SENA** que la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO** se mantenga en el empleo núm. 44971 que viene desempeñando en encargo.

SEGUNDA: Amparar los derechos fundamentales a la igualdad..., al debido proceso..., al trabajo..., a acceder a cargos de carrera y al ascenso en los mismos... y a la confianza legítima.

TERCERA: Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil dejar sin efectos el Auto 0592 de 13 de julio de 2012 y la Resolución núm. 2509 de 23 de julio de 2012, en lo que tienen que ver con el empleo núm. 44971, jamás considerado y, por supuesto, tampoco juzgado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en las decisiones tomadas dentro del Expediente núm. 68001 23 31 000 2011 00270 01, a efectos de que se cumpla con lo previsto por el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, en cuyo inciso primero se señala que: "Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad, el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible."

CUARTA: Ordenar a la **CNSC** publicar la constancia de ejecutoria de la Resolución núm. 2509 de 23 de julio de 2012 y, como consecuencia de ello, disponer que la lista de elegibles para el empleo núm. 44971 sea remitida inmediatamente al **SENA**, para que este ente proceda a hacer el nombramiento de la doctora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**, quien ocupó el primer lugar para acceder a este empleo y, por ende, tiene el derecho cierto e indiscutible a ser nombrada.

QUINTA: Ordenar al **SENA** que inmediatamente proceda a hacer el nombramiento en periodo de prueba de la ciudadana **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**, en el empleo núm. 44971 para el cual ocupó el primer lugar en el concurso de méritos convocado por la **CNSC**.

SEXTA: Ordenar a las accionadas que cesen en sus actuaciones violatorias de los derechos de carrera que ostenta la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**.(...)"

II. Contestación.

II.1. La **COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL**, en escrito visible a folios 227 a 230, solicitó denegar la presente acción de tutela, por no existir vulneración de los derechos fundamentales reclamados por la actora, aduciendo, en síntesis, los siguientes argumentos:

Señaló que la acción de tutela no es la vía idónea para atender las pretensiones de la parte actora, pues la existencia de otros medios de defensa judicial, la torna improcedente, si se tiene en cuenta que su inconformidad la dirige contra el Auto 0592 de 13 de julio de 2012, mediante el cual se excluyó de la Oferta Pública de Empleos el núm. 44971, que es pasible de las acciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Enfatizó en que la decisión de excluir del concurso el empleo identificado en la OPEC con el núm. 44971, así como la de dejar sin efecto el proceso para su provisión, obedeció al acatamiento de las órdenes judiciales impartidas por el Tribunal Administrativo de Santander y el Consejo de Estado, en la tutela promovida por **ELBERTH JULIÁN VILLAREAL FRANCO**, Expediente núm. 2011-00270.

Puntualizó que la acción carece del requisito del perjuicio irremediable, para desplazar los medios ordinarios de impugnación contra los actos controvertidos, toda vez que a la aspirante solo le asistía la mera expectativa de adquirir derechos de carrera; expectativa que, además, no ha perdido, si se tiene en cuenta que, en aras de garantizar los derechos de igualdad y de acceso a cargos de carrera administrativa de quienes resultaron afectados por lo dispuesto en los fallos judiciales, se habilitó el sistema para que dichas personas seleccionarán un empleo de los ofertados en el Grupo III, de conformidad con las reglas y condiciones establecidas en la Convocatoria 001 de 2005.

II.2. El Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, mediante escrito obrante a folios 218 a 225, manifestó que cumplió con las directrices fijadas por la **CNSC**, que dispusieron dejar sin efecto la inscripción de la actora, en cumplimiento de las providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado y el Tribunal

Administrativo de Santander.

Sostuvo que, de acuerdo con lo estipulado en el Auto 0592 de 2012, el empleo núm. 44971 fue incluido válidamente en la “*Audiencia de Escogencia de Plaza*” que se realizó el 15 de agosto del mismo año en las instalaciones del **SENA**, en la cual la señora **HELENA LIBRADA VARGAS STERLING**, tuvo la oportunidad de escoger, por orden de mérito, el empleo núm. 44971, por lo que actualmente se realizan los trámites administrativos dispuestos en la ley para su nombramiento y posesión.

Informó que, según la habilitación efectuada por la **CNSC** que brinda a la actora la oportunidad de continuar en otra etapa del concurso, no es posible aún incluirla en una lista de elegibles, por cuanto no se ha surtido la etapa de escogencia del cargo.

En relación con la reorganización de la lista de elegibles para proveer el cargo de profesional 2020-18, aseguró que tal determinación de la **CNSC**, no tuvo en cuenta que los perfiles de los aspirantes se diferencian, según el empleo aplicado y, por tanto, no pueden pertenecer a una misma lista, porque para ello presentaron pruebas diferentes, como es el caso de la demandante, quien clasificó en la prueba 128 “para empleos de áreas de desempeño transversal o de apoyo en actividades de planeación”, mientras que otro aspirante a profesional 2020-18, el señor Manuel Alberto Botero Ospina, presentó la prueba 134, “para empleos de áreas de desempeño transversal o de apoyo en actividades administrativas de recursos físicos, servicios generales y almacén”.

Sin embargo, agregó que se trata de un acto administrativo que se encuentra en firme y goza de presunción de legalidad, por lo cual debe acatarse.

II.3. La señora **HELENA LIBRADA VARGAS STERLING**, vinculada como tercera con interés directo en las resultas del proceso, en la oportunidad procesal pertinente, no hizo manifestación alguna.¹

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

La Sección Segunda -Subsección C- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 6 de septiembre de 2012, denegó la tutela, por improcedente.

Arguyó que la **CNSC** expidió los actos administrativos censurados por la actora, acogiendo las directrices fijadas en los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Santander y el Consejo de Estado.

Que en dichos fallos se consideró que el **SENA** reportó en la Convocatoria 001 de 2005, 20 cargos de profesional grado 18, cuya provisión debería efectuarse mediante la lista de elegibles conformada a través de la Resolución núm. 1575 de 2009. No obstante, no se utilizó dicha lista para proveer la totalidad de las vacantes reportadas.

Que por esa razón, la orden de amparo se orientó a hacer efectiva la lista de elegibles, conformada a través de la mencionada Resolución núm. 1575 de 2009, para *“cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentren provistos mediante nombramiento provisional o en encargo, en el cargo de Profesional 2020-18 del **SENA**”*.

Comoquiera que dentro de las 20 vacantes reportadas por el **SENA** se

¹ A folios 258 a 268, obra memorial extemporáneo.

encontraba el empleo núm. 44971, ocupado por encargo desde el 15 de septiembre de 2004, por la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**, la **CNSC** no podía adoptar una decisión diferente, frente a las órdenes judiciales proferidas en sede de tutela, que resolvieron “*unificar*” el proceso de selección para proveer las vacantes reportadas por el **SENA**.

Añadió el *a quo*, que la Resolución núm. 2473 de 1° de junio de 2011, por la cual se conformó la lista de elegibles para el empleo núm. 44971 y se señaló en la primera posición a la actora, no cobró firmeza en virtud del Auto 0204 de 2011, que había ordenado suspender el proceso de selección correspondiente a dicho cargo.

Finalmente, advirtió que la demandada, con el fin de no hacer más gravosa la situación de los aspirantes que se vieron afectados con las decisiones adoptadas por el juez de tutela, dispuso, en el artículo cuarto de la Resolución núm. 2509 de 2012, habilitar los pines de esos concursantes, entre ellos, la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**, para que seleccionaran uno de los empleos que hacen parte de la OPEC, correspondientes al Grupo III de la Convocatoria 001 de 2005.

Por lo precedente, estimó que no se conculcaron los derechos fundamentales de la demandante, a quien solo le asiste una simple expectativa de conformar la lista de elegibles dentro del empleo que seleccione.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

La parte actora impugna la decisión porque, en su criterio, no puede afirmarse válidamente, como lo hizo el juez de primera instancia, con total desconocimiento de la normativa que regula el concurso de méritos y el acceso a la carrera

administrativa, que el Consejo de Estado haya ordenado “*unificar*” el proceso de selección para proveer las vacantes reportadas por el **SENA** en la Convocatoria No. 001 de 2005, y mucho menos que haya dispuesto que todos los cargos que tuvieran similar nomenclatura fueran provistos con las personas registradas en la lista de la Resolución núm. 1575 de 2009.

Resalta que si, en gracia de discusión se concluyera que fue válida su exclusión del concurso de méritos, no podía la **CNSC** proveer el empleo en el que ella ocupó el primer puesto, con otro aspirante que no se inscribió para optar por dicho cargo y que no reúne los requisitos para ello.

Advierte que es inadmisibile la interpretación que la **CNSC** efectuó sobre su situación particular, en tanto el juez de tutela no puede arrogarse la facultad de ordenar la provisión de un cargo de carrera administrativa, sin el previo agotamiento de los requisitos de ley, afectando a los demás aspirantes de la Convocatoria y a la propia entidad empleadora, que se verá obligada a vincular a funcionarios que participaron para perfiles completamente diferentes a los reportados en los cargos objeto de provisión.

Señala que este aspecto se dejó de lado en el fallo del *a quo*, que no efectuó ninguna consideración sobre la responsabilidad de los jueces de tutela, pese a que también fueron demandados.

Insiste en que se consolidó a su favor un derecho adquirido, habida cuenta de que obtuvo el primer puntaje para proveer el empleo núm. 44971, por lo cual debió ser nombrada y posesionada en el cargo, sin que la omisión de la **CNSC** en la publicación de la constancia de ejecutoria, afecte este derecho.

IV. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante proveído de 12 de octubre de 2012, la Magistrada Ponente puso en conocimiento de los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de Santander y de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la causal de nulidad consagrada en el numeral 8 del artículo 140 del C. de P. C., por cuanto no fueron notificados del trámite de la acción de tutela, pese a haber sido demandados, en virtud de los fallos que dieron lugar a la expedición de los actos objeto de ésta.

En el traslado, los Magistrados guardaron silencio, por lo cual la nulidad se considera saneada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 145 del C. de P. C.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio, en aras de evitar un perjuicio irremediable.

En relación con las personas que invocan la protección de sus derechos fundamentales conculcados en el trámite de los procesos de selección por concurso público, la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido que la existencia de las acciones ordinarias del Código Contencioso Administrativo, no tornan improcedente, *prima facie*, la acción de tutela, habida cuenta de que el proceso ordinario puede resultar ineficaz para conjurar una situación irremediable que requiere protección inmediata.

Al respecto, en la sentencia de 24 de abril de 2008 (Expediente núm. AC-2008-00018, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), la Sala indicó:

“De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 60 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Es decir, que siempre que se desconozca el contenido de un derecho fundamental y exista para su protección un mecanismo dentro del ordenamiento jurídico, debe atenderse a su contenido debido al carácter residual de aquel instrumento constitucional. No obstante, si se probare la violación de algún derecho fundamental y pese a la existencia de ese mecanismo alterno, se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela entraría a operar de manera transitoria como el instrumento de protección eficaz para tal cometido.

Sin embargo, en sede constitucional debe observarse también si el otro instrumento procesal que desplaza el radio de acción de la tutela es eficaz para la protección del derecho fundamental que invoca el demandante como vulnerado. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia T – 441 del 12 de octubre de 1993 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo:

*«...la existencia del medio judicial alternativo, suficiente para que no quepa la acción de tutela, debe apreciarse en relación con el derecho fundamental de que se trata, no respecto de otros. »
(...)”*

En aplicación de la citada jurisprudencia, la Sala analizará el fondo del asunto planteado en la presente acción.

Problema jurídico.

De acuerdo con los planteamientos de la peticionaria, corresponde a la Sala determinar si la Comisión Nacional del Servicio Civil **-CNSC-** y el Servicio Nacional de Aprendizaje **-SENA-** vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos de carrera administrativa, en cabeza de la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**, al dar cumplimiento a una orden judicial y dejar sin efecto la lista de elegibles conformada para el empleo núm. 44971 de la denominación profesional 2020-18, en la Convocatoria 001 de 2005.

Lo probado en el proceso.

1. La señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO** participó en la Convocatoria 001 de 2005, para proveer el empleo núm. 44971, en la denominación profesional código 2020, grado 18 del **SENA** (folio 26).

A la actora le correspondió presentar la prueba número 128 “para empleos de áreas de desempeño transversal o de apoyo en actividades de planeación”, en la cual obtuvo los siguientes puntajes (folios 28 y 30):

Consolidado					
PIN	Prueba	Funcional	Comportamental	Estudios	Experiencia
(...)					
17509584425	70	81.4	55.99	51.20	100.00

2. De otra parte, consta en el plenario que el señor **ELBERTH JULIÁN**

VILLAREAL FRANCO interpuso demanda de tutela contra la **CNSC** y el **SENA**, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos de carrera, y de hacer efectiva la lista de elegibles conformada mediante **Resolución núm. 1575 de 2009**, expedida por la **CNSC**, en la que ocupó el 10° lugar, para proveer el cargo núm. 44805 de la denominación profesional 2020-18 del **SENA**.

3. El Tribunal Administrativo de Santander, en fallo de 5 de mayo de 2011, resolvió:

“PRIMERO: CONCEDER al accionante **ELBERTH JULIAN VILLARREAL FRANCO** la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y a la posibilidad de acceder a cargos públicos, vulnerados por la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR, en consecuencia, a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que dentro del perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a HACER EFECTIVA LA LISTA DE ELEGIBLES que fue conformada a través de la Convocatoria No. 001 de 2005 y publicada a través de la Resolución No. 1575 de 21 de diciembre de 2009, para cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentren provistos mediante nombramiento provisional o encargo, en el cargo de PROFESIONAL 2020-18 para el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**, a fin de que proceda a realizar los nombramientos conforme a la respectiva lista, para proveer los empleos ocupados actualmente en provisionalidad con personal que superó el concurso de méritos para cargos de carrera.

TERCERA: DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda. (...)².

4. En cumplimiento del citado fallo, la **CNSC** profirió el Auto 0204 de 17 de mayo

² Ver folio 55.

de 2011³, tomando en consideración que:

*“La orden proferida por la Autoridad Judicial está orientada a que la **CNSC** haga efectiva la lista de elegibles que fue conformada a través de la Convocatoria 001 de 2005 y publicada mediante Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009, para cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentran provistos mediante nombramiento provisional o encargo en el cargo de Profesional 2020-18 del SENA, **debe entenderse que esta Comisión debe autorizar la utilización de las listas de elegibles conformadas para el cargo Profesional, código 2020, grado 18, a través de la Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009, con el fin de permitir el nombramiento en periodo de prueba del señor ELBERTH JULIÁN VILLAREAL FRANCO, quien ocupa la décima posición en la lista de elegibles conformada para el empleo número 44805...**”.*
(Subrayado fuera del texto).

En consecuencia, mediante el referido Auto, resolvió autorizar la provisión de todos los empleos reportados en la OPEC para proveer el cargo de profesional 2020-18, con la lista de elegibles conformada a través de la **Resolución 1575 de 2009**. El texto de la parte resolutive indica:

*“**Artículo primero:** Autorizar, en cumplimiento del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro de la acción de tutela promovida por **ELBERTH JULIÁN VILLAREAL FRANCO**, el uso de las listas de elegibles conformadas a través de la Resolución núm. 1575 de 2009, para los empleos 45102, 45511, 44727 y 44805, para que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, proceda de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° de la parte resolutive de este fallo (...)⁴”*

³ “Por el cual se da cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro de la acción de tutela promovida por el señor ELBERT JULIÁN VILLAREAL FRANCO y, en consecuencia, se autoriza el uso de las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009, para el cargo de Profesional Código 2020, grado 18, pertenecientes al Servicio Nacional de Aprendizaje y se suspende el proceso de selección para los empleos 44533, 44725, 44971, 44706, 44691, 44870, 44512, 44623, 44733 y 44801”.

⁴ El numeral segundo al que se refiere es del siguiente tenor: **“ORDENAR**, en consecuencia, a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que dentro del perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a HACER EFECTIVA LA LISTA DE ELEGIBLES que fue conformada a través de la Convocatoria No. 001 de 2005 y publicada a través de la Resolución No. 1575 de 21 de diciembre de 2009, para cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentren provistos mediante nombramiento provisional o encargo, **en el cargo de PROFESIONAL 2020-18** para el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**, a fin de que proceda a realizar los nombramientos conforme a la respectiva lista, para proveer los empleos ocupados actualmente en provisionalidad con personal que superó el concurso de méritos para cargos de carrera. (Negrillas no son del texto).

Artículo segundo: *suspender provisionalmente el concurso de méritos que actualmente se desarrolla para los empleos 44533, 44725, 44971, 44706, 44691, 44870, 44512, 44623, 44733 y 44801, mientras se desata en segunda instancia la impugnación interpuesta por parte de esta Comisión.*" (Subrayas son del texto).

5. Por otra parte, y siguiendo con el desarrollo del Concurso, la **CNSC**, mediante **Resolución núm. 2453 de 1° de junio de 2011** -cuya publicación pretende la actora-, conformó lista de elegibles para proveer el empleo número **44971** en la denominación **profesional 2020-18**, en los siguientes términos (folios 113 a 115):

"(...) **ARTÍCULO SEGUNDO:** *Conformar la lista de elegibles para proveer (1) vacante(s) del empleo señalado con el No. 44971, ofertada en la ETAPA 2 del Grupo 1 de la Convocatoria No. 001 de 2005.*

Entidad	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-			
Cargo	PROFESIONAL 2020-18			
Convocatoria	1			
Fecha Convocatoria	05/12/2005 12:00:00 am.			
Número OPEC	44971			
Posición	Puntaje	Tipo Doc.	Doc. Identidad	Nombre
1	7.313.900.000	C	516722089	NORA INÉS PEÑA CLAVIJO
2	7.022.900.000	C	4164521	GERMÁN ANTONIO ORJUELA MEDINA
3	6.792.500.000	C	51803975	JANETH VILLALBA MAHECHA
4	6.597.900.000	C	40044848	DIANA CAROLINA CAICEDO ORTEGÓN

(Resaltado fuera del texto).

6. Posteriormente, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la **CNSC** contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, resolvió, en sentencia de 30 de junio de 2011, confirmarla en todas sus partes, pero efectuando la siguiente aclaración que, por

lo demás, guarda absoluta relación con la decisión adoptada:

“Se tiene entonces que el actor:(i) aprobó todas las etapas de la evaluación dentro del concurso de méritos de la Convocatoria 01 de 2005; (ii) la calificación obtenida por él se encuentra en firme y; finalmente (iii) existe lista de elegibles para el cargo de profesional, código 2020, grado 18 ofertado por el SENA.

*(...) la orden **no está dirigida** a que se nombre al actor en periodo de prueba sino a que **se haga efectiva la lista de elegibles que fue conformada** a través de la Convocatoria No. 001 de 2005 y publicada **a través de la Resolución No. 1575 de 21 de diciembre de 2009...** En este caso, dichos pasos consisten precisamente en que la Comisión Nacional del Servicio Civil haga efectiva, sin más demoras, la Lista de Elegibles que fue conformada y publicada mediante Resolución 1575 de 21 de diciembre de 2009, **para cubrir los empleos de carrera administrativa en el SENA, en este caso para el cargo señalado con el número 44805 de la Convocatoria 001 de 2005; Profesional -2020 -18.**” (Resaltado fuera del texto).*

7. En cumplimiento de la sentencia transcrita, la **CNSC** expidió los siguientes actos, cuyos efectos buscan anularse por medio de la presente acción de tutela:

- **Auto 0592 de 13 de julio de 2012** (folios 116 a 129), mediante el cual confirmó la autorización para el uso de la lista de elegibles conformada a través de la **Resolución núm. 1575 de 2009**, para los demás empleos de la denominación profesional 2020-18.

Es de resaltar que la mencionada **Resolución núm. 1575 de 2009**, en lo que respecta al cargo de profesional 2020-18, autorizó el uso de la lista de elegibles para proveer los empleos 44727, **44805**, 45102 y 45511 (folios 65 a 86). Pero en virtud del mencionado Auto, la **CNSC**, en acatamiento a lo dispuesto por el Consejo de Estado, extendió la lista a los empleos 44533, **44971**, 44706, 44691, 44870, 44512, 44623 y 44801.

- **Resolución núm. 2509 de 23 de julio de 2012** (folios 134 a 134). Esta resolución se expide, por cuanto los empleos a que se alude en el Auto 0592, debieron ser provistos mediante la lista de elegibles de la **Resolución 1575 de 2009**, por lo que fue necesario que la **CNSC** dejará sin efecto las listas que ya existían y las cuales habían ordenado su provisión con los primeros puestos, entre ellas, la Resolución 2453 de 1° de junio de 2011, que designó a la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO** en el primer lugar para ocupar el cargo **44971** de la denominación profesional 2020-18.

8. Por último, el día 15 de agosto de 2012, el **SENA**, en cumplimiento del Auto 0592 de 2012 de la **CNSC**, realizó “Audiencia de escogencia de plaza para proveer empleos de carrera administrativa” en la cual la señora **HELENA LIBRADA VARGAS STERLING** escogió el empleo identificado con el OPEC núm. **44971**.

Normas aplicables al caso concreto.

De conformidad con el artículo 27 de la Ley 909 de 2004⁵, la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público⁶.

La misma Ley, en su artículo 11, literal a), preceptúa que a la Comisión Nacional del Servicio Civil le corresponde establecer los lineamientos con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera administrativa de las entidades a las que se aplica la normativa referida.

⁵ *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*

⁶ Ley 909 de 2004, artículo 27.

Con fundamento en lo anterior, la **CNSC** expidió el Acuerdo 159 de 6 de mayo de 2011, “por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que se le aplica la Ley 909 de 2004”, cuyo artículo 3° consagró las siguientes definiciones:

“Artículo 3°. Definiciones. Para la aplicación de las disposiciones del presente acuerdo, se establecen las siguientes definiciones:

1. Vacante definitiva en empleos de carrera: Es la situación definida para aquellos empleos en los cuales no haya servidor público con derechos de carrera sobre los mismos.

2. Elegible: Se refiere a todo aquel concursante que habiendo superado la totalidad de las pruebas eliminatorias del proceso de selección y cumplido los criterios señalados en la convocatoria, se encuentra en la lista de elegibles conformada por la CNSC para un empleo específico.

Esta condición se ostentará durante el término de vigencia de la lista, salvo que el elegible sea nombrado en un empleo igual al que concursó o similar funcionalmente, casos en los cuales se generará el retiro del elegible de la lista.

3. Lista de elegibles: Es el listado que conforma la CNSC a través de acto administrativo y que ordena a los elegibles en estricto orden de mérito a partir de los resultados obtenidos en el proceso de selección para la provisión de un empleo específico.

4. Banco Nacional de Listas de Elegibles: Es un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra por las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC y organizado bajo los criterios establecidos en el presente acuerdo.

La utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles sólo procede para la provisión de vacantes definitivas en empleos de carrera.” (Las subrayas no son del texto).

De igual modo, y en relación con las listas de elegibles, precisó:

“Artículo 4°. Conformación de listas de elegibles. Una vez consolidados y en firme todos los resultados y en estricto orden de mérito, la CNSC conformará las listas de elegibles de los empleos objeto del concurso, conforme lo establezca la convocatoria.”

*“Artículo 5°. Publicación de lista de elegibles. El acto administrativo que conforme la lista de elegibles para el empleo, debe ser publicado en la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la entidad para la cual se realizó el concurso.”
(...)*

“Artículo 7°. Modificación de lista de elegibles. La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante acto administrativo, puede modificar la lista de elegibles en la fase de reclamaciones, o de oficio, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 14 y 15 del Decreto 760 de 2005 o norma que lo adicione, modifique o sustituya o cuando se deba cumplir un fallo judicial.”

*“Artículo 8°. Publicación de la firmeza de la lista de elegibles. La firmeza de la lista de elegibles se publicará a través de la página Web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con lo cual se entenderá comunicada a los interesados y a partir de ese momento se empezará a contar el término de su vigencia.”
(...)*

“Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente producto de la convocatoria, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente acuerdo.

La provisión de un empleo de carrera en vacancia definitiva mediante el uso de una lista de elegibles vigente, únicamente procederá cuando se agoten los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista.”

Por su parte, el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (abril 21)⁷, establece la forma en que debe hacerse la provisión definitiva de los empleos de carrera, a saber:

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

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.” (Resaltado fuera del texto).

De conformidad con el artículo 18 del comentado Acuerdo 159, para la provisión definitiva de empleos de carrera, para los cuales la **CNSC** no hubiese elaborado lista de elegibles en el marco de la convocatoria o cuando ésta **se hubiere agotado**, deberá conformarse el **Banco Nacional de Listas de Elegibles**.

El **Banco Nacional de Listas de Elegibles**, según el artículo 20 ídem, se conforma de la siguiente manera:

“Artículo 20. Organización del Banco Nacional de Listas de Elegibles. El Banco Nacional de Listas de Elegibles se organizará de la siguiente manera:

1. **Listas de elegibles por entidad.** Son las listas de elegibles conformadas dentro del proceso de selección para la provisión de empleos de carrera de una entidad en particular.

2. **Listas generales de elegibles.** Se trata de la agrupación de las listas de elegibles en firme y vigentes, conformadas dentro de la convocatoria para los empleos objeto del concurso, organizadas en orden de mérito y acorde con los parámetros establecidos en cada convocatoria, cuya organización se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el párrafo del artículo 11 de la Ley 909 de 2004.

Parágrafo transitorio. El Banco Nacional de Listas de Elegibles que se conforme con las listas resultado de la Convocatoria 001 de 2005, se organizará de acuerdo con los siguientes parámetros y permanecerá hasta tanto pierdan vigencia las listas de elegibles conformadas para dicho proceso de selección:

1. **Listas de elegibles por entidad.**

a. Se agruparán los elegibles que se hayan inscrito a un mismo nivel jerárquico y número de prueba de competencias funcionales.

b. Se organizarán los elegibles en orden descendente, de acuerdo al puntaje total obtenido en la lista de elegibles en que se encuentran.

2. Listas generales de elegibles.

a. Grupos de entidades: las listas generales de elegibles se clasifican por grupos de entidades así:

i. **Primer grupo:** Listas de entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, Auditoría General de la Nación, Comisión Nacional de Televisión y Comisión Nacional de Servicio Civil.

ii. **Segundo grupo:** Listas de elegibles de entidades del Distrito Capital.

iii. **Tercer grupo:** Listas de elegibles de entidades de cada uno de los Departamentos, los distritos y municipios que los conforman.

iv. **Cuarto grupo:** Listas de elegibles de las Corporaciones Autónomas Regionales.

b. Se agruparán los elegibles que se hayan inscrito a un mismo nivel jerárquico y número de prueba de competencias funcionales.

c. Se organizarán los elegibles en orden descendente, de acuerdo con el puntaje total obtenido en la lista de elegibles en que se encuentran.

d. Para la provisión de vacantes generadas en las entidades del Tercer grupo de que trata el literal a) numeral 2) del presente párrafo, se deberá tener en cuenta el criterio de departamentalización establecido en el párrafo del artículo 11 de la Ley 909 de 2004.”

(Resaltado fuera del texto).

En cuanto al uso de la listas del Banco Nacional, el mismo Acuerdo preceptuó:

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

Caso concreto.

Del anterior recuento normativo y probatorio, la Sala destaca lo siguiente:

1. La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, adujo para la expedición de los actos controvertidos, el cumplimiento de las sentencias de 5 de mayo y 30 de junio de 2011 (Expediente núm. 2011-00270), proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander y la Sección Cuarta del Consejo de Estado, respectivamente.

2. Dichos fallos ordenaron hacer efectiva la lista de elegibles que fue conformada a través de la Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009, para proveer los empleos de carrera administrativa en el cargo de profesional 2020-18, para el **SENA**. Los empleos de esa lista son los reportados con los números 45102, 45511, 44727 y **44805**. (Folios 65 a 86).

En la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado claramente expresó que la efectividad de la lista debía limitarse a la provisión del cargo número **44805**. Así discurrió la Sala:

*“Ahora bien, el actor no se encuentra en la cabeza de la lista, pues como quedó acreditado, su posición es la décima de diez elegibles, por lo que es claro que deberá esperar a que no exista otro aspirante con mejor derecho que él o a que existan otros cargos vacantes en el mismo empleo, pues según la Comisión accionada, **el citado cargo fue ofertado con una única vacante.**”*

Manifiesta la Comisión accionada en el escrito de impugnación que el fallo de primera instancia está orientado a “permitir el nombramiento en periodo de prueba” del actor, a quien no le asiste el derecho a ser nombrado en virtud del puntaje obtenido y a su posición respecto de los demás elegibles.

*No obstante, se advierte del resuelve del fallo que **la orden no está dirigida a que se nombre al actor en periodo de prueba sino a que se haga efectiva la lista de elegibles** que fue conformada a través de la Convocatoria No. 001 de 2005 y publicada a través de la Resolución No. 1575 de 21 de diciembre de 2009.*

(...)

*En este caso, dichos pasos consisten precisamente en que **la Comisión Nacional del Servicio Civil haga efectiva, sin más demoras, la Lista de Elegibles que fue conformada y publicada mediante Resolución 1575 de 21 de diciembre de 2009**, para cubrir los empleos de carrera administrativa en el SENA, en este caso para **el cargo** señalado con el **NÚMERO 44805** de la Convocatoria 001 de 2005; Profesional -2020 -18.” (Resaltado fuera del texto).*

Es claro, se repite, que la orden impartida a la **CNSC** fue la de **hacer efectiva** la lista de elegibles conformada mediante **Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009**, para el cargo **44805**.

3. En cumplimiento de los fallos judiciales, la **CNSC** procedió a reorganizar todas las listas de elegibles, conformadas para proveer los diferentes empleos de las 20 vacantes reportadas por el **SENA**, en el cargo de profesional grado 20, código 28, dejando sin efecto las que hasta ese momento se habían elaborado, entre ellas, la Resolución 2453 de 2011, para el cargo 44971 -en la que la actora ocupó el primero puesto- y autorizando el uso de la lista de elegibles de la **Resolución 1575 de 2009**, para los demás empleos reportados en dicho cargo, es decir, los núms. 44533, 44725, **44971**, 44706, 44691, 44870, 44512, 44623, 44733 y 44801.

El fundamento de los actos descansa en las siguientes premisas:

Auto 0204 de 17 de mayo de 2011.

*“Comoquiera que la orden proferida por la Autoridad Judicial está orientada a que la **CNSC** haga efectiva la lista de elegibles que fue conformada a través de la Convocatoria 001 de 2005 y publicada mediante Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009, para cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentran provistos mediante nombramiento provisional o encargo en el cargo de Profesional 2020-18 del SENA, **debe entenderse que esta Comisión debe autorizar la utilización de las listas de elegibles conformadas para el cargo Profesional, código 2020, grado 18, a través de la Resolución núm. 1575 de 21 de diciembre de 2009, con el fin de permitir el nombramiento en periodo de prueba del señor ELBERTH JULIÁN VILLAREAL FRANCO**(...)” (Resaltado fuera del texto).*

Auto 0592 de 13 de julio de 2012.

“En cumplimiento... se procedió a conformar en estricto orden de mérito la lista general que a continuación se relaciona...”

4. De lo precedente, es dable colegir que la **CNSC** se extralimitó en el cumplimiento de la sentencia de 30 de junio de 2011, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, pues allí claramente se indicó que se debía “*hacer efectiva la lista de elegibles de la Resolución 1575 de 2009*”, es decir, la que fue elaborada para proveer el cargo **44805**, en la denominación profesional código 2020, grado 18.

El aludido fallo consignó:

*“(...)la Comisión Nacional del Servicio Civil haga efectiva, sin más demoras, la Lista de Elegibles que fue conformada y publicada mediante Resolución 1575 de 21 de diciembre de 2009, para cubrir los empleos de carrera administrativa en el SENA, **en este caso para el cargo señalado con el número 44805** de la Convocatoria 001 de 2005; Profesional -2020 -18.”* (Resaltado fuera del texto).

De manera que no podía la entidad, so pretexto de acatar una orden judicial, cobijar con los efectos del fallo dictado en la acción promovida por **ELBERTH JULIÁN VILLAREAL FRANCO**, a los demás empleos reportados en el mismo cargo de posesional 2020-18, especialmente el número **44971**, el cual **ya contaba con una lista de elegibles** en la que la actora **ocupó el primer puesto**, según la Resolución 2453 de 1° de junio de 2011, visible a folios 113 a 115 del expediente.

Tal proceder, sin duda alguna, constituyó una violación fragante de sus derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos de carrera, en estricto orden de méritos, es decir, el derecho al nombramiento de quienes han superado las

pruebas y cumplido los requisitos para acceder a un cargo de carrera administrativa.

No debe desconocerse que la provisión de empleos públicos, a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental, como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos, en razón del mérito y la calidad, y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa⁸. En palabras de la Corte, *“la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo”*.⁹

No era, por tanto, admisible la interpretación que dio la demandada al fallo de tutela del Expediente núm. 2011-00270, pues del contenido de los actos con los cuales pretendió darle cumplimiento, se extrae con precisión que la utilización de la lista de elegibles conformada para el empleo **44805** que se discutía en dicho proceso, afectaría el desarrollo normal del concurso para los empleos 44533, 44725, **44971**, 44706, 44691, 44870, 44512, 44623, 44733 y 44801 *“comoquiera que los mismos fueron ofertados dentro de los cronogramas establecidos por la **CNSC** y su proceso de selección se encuentra en curso con los siguientes inscritos...”* (folio 95).

En relación con la utilización de listas de elegibles, conviene citar el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en el cual se ahondó sobre el

⁸ Sentencia T-256 de 1995. Magistrado ponente doctor Antonio Barrera Carbonell.

⁹ *Ibíd.*

restablecimiento de quienes no fueron integrados a una lista de elegibles, teniendo derecho a ello. En la sentencia T-256 de 1995, la Corte precisó:

“- La no inclusión de una persona en la lista de elegibles o la figuración de ésta en un lugar que no corresponde, según las consideraciones precedentes, puede implicar la violación de derechos fundamentales, entre otros, a la igualdad, al debido proceso y al trabajo.

- La acción contenciosa administrativa mencionada, en caso de prosperar, tendría como resultado la anulación del acto administrativo en referencia, esto es la lista de elegibles e igualmente el restablecimiento de derecho.

Sin embargo, cabría preguntarse, en qué consistiría dicho restablecimiento?

Hipotéticamente podría pensarse que el restablecimiento del derecho lesionado se lograría de dos maneras: 1) reconociendo al afectado el pago de una presunta indemnización. 2) Emitiendo la orden a la administración para que rehaga la lista de elegibles e incluya a quien resultó favorecido con la acción dentro de dicha lista en el lugar que corresponda, según el puntaje real obtenido.

En cuanto al pago de la indemnización, estima la Sala que existen dificultades jurídicas y prácticas para tasarlas... además, el reconocimiento de la indemnización, no puede actuar como un equivalente o compensación de la violación del derecho fundamental, pues lo que el ordenamiento constitucional postula es su vigencia, goce y efectividad en cabeza de su titular (...)

*[Pero] reelabo[ar] la lista de elegibles, con la inclusión en ella del demandante en el proceso contencioso administrativo, **carece de objeto y de un efecto práctico**, porque dicha lista tiene como finalidad hacer posible la oportuna provisión del cargo o de los cargos correspondientes y para la época en que se dictaría la sentencia, **ya la administración habría realizado los nombramientos y las personas designadas han adquirido la estabilidad en el cargo que da su escalafonamiento en la carrera administrativa**, estabilidad que **no se puede desconocer** porque su nombramiento se realizó en forma legítima y **con base en un acto que era válido - la lista de elegibles- para la época en que se hizo la designación**, y obviamente el escalafonamiento en carrera luego de superado el período de prueba también es legítimo. Es decir, que el resultado del proceso contencioso administrativo **no tiene por qué afectar las situaciones jurídicas válidas que quedaron consolidadas, con fundamento en el concurso, en favor de quienes fueron incluidos en la lista de elegibles** y fueron designados para los respectivos cargos... Es más, la **orden de reelaborar la lista no tiene un sustento jurídico serio**, pues a la Administración se le conminaría a que modifique un acto administrativo que **ya se encuentra extinguido por el agotamiento de su contenido**, lo cual, además,*

como se dijo antes no tiene un efecto práctico.»¹⁰ (Resaltado fuera del texto).

Ahora bien, la **CNSC** procedió a “habilitar” los pines de los aspirantes afectados con las decisiones objeto de controversia, para que tuvieran la oportunidad de seleccionar un empleo de aquellos que habrían de ser ofertados en el Grupo III de la Convocatoria 001 de 2005.

La Sala advierte que dicha determinación no tiene respaldo legal y, por el contrario, altera el normal desarrollo del concurso, al autorizar la provisión de los empleos núms. 44533, **44971**, 44706, 44691, 44870, 44512, 44623 y 44801, con los núms. 44727, 44805, 45102 y 45111 de la Resolución 1575 de 2009¹¹, y nombrar así a funcionarios en cargos a los que no aspiraron, ni presentaron las respectivas pruebas funcionales, es decir, a quienes no reúnen los requisitos y calidades para el desempeño de los empleos objeto de provisión.

En efecto, al consultar la OPEC (Oferta Pública de Empleos de Carrera) en la página web de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**¹², se observa en relación con las diversas pruebas correspondientes al empleo de profesional 2020, grado 18, los siguientes ejes temáticos:

- Prueba: 128. **(Prueba presentada por Nora Inés Peña Clavijo).**
- Identificación de la prueba: Para empleos de **áreas de desempeño transversal o de apoyo en actividades de planeación.**
- Eje temático:

¹⁰ Para el caso que ocupa la atención de la Sala, son aplicables las consideraciones transcritas que si bien no se adoptaron con base en un fallo de la Jurisdicción Ordinaria, si fue por el supuesto cumplimiento de una orden de tutela.

¹¹ Ver artículo tercero del Auto 592 de 2012 y cuadro del mismo acto en el folio 10 (Folio 125 del expediente).

¹² www.cnsc.gov.co

Entidades con los resultados de la consulta - Windows Internet Explorer

http://201.234.78.142/OfertaG1Etapa1/Rconsulta1C

Comisión Nacional del Servicio Civil

Lista de entidades con la OPEC que tienen asociada la actividad de desempeño o prueba seleccionada

Número de la Prueba: 128

Actividad de desempeño: PRUEBA PARA EMPLEOS DE ÁREAS DE DESEMPEÑO TRANSVERSAL O DE APOYO EN ACTIVIDADES DE PLANEACIÓN

EJE TEMÁTICO	
EJE TEMÁTICO	CONTENIDO
Planeación.	Ley 152 de 1994 (Planeación cuatrienal, planes anuales), Ley del Plan de Desarrollo, Modelo de planeación, Proyectos de inversión, Anteproyecto de presupuesto de inversión y funcionamiento, Planeación de la gestión, Plan de mejoramiento institucional (A partir de los informes de las contralorías), Rendición de cuentas (Resolución Contaduría General de la Nación -CGN- 3544 de 2003), Indicadores, Plan de desarrollo administrativo (Decreto 3622 de 2005).
Gestión de proyectos.	Formulación de proyectos de inversión (Ley 152), Ejecución de proyectos (Estatuto orgánico del presupuesto), Evaluación de proyectos (Resolución DNP 63 de 1994), Metodología general ajustada para la formulación de proyectos de inversión, Bancos de Proyectos de Inversión -BPIN-, Sistema de Seguimiento de Proyectos de Inversión -SPI-, Sistema de Seguimiento de Proyectos de Inversión del nivel territorial.
Gestión Presupuestal.	Marco de gasto de mediano plazo, elaboración de presupuesto de funcionamiento e inversión.
Sistema de Gestión de Calidad (Ley 872 de 2003 y Decreto 4110 de 2004).	Estructura, componentes, implementación y evaluación, Auditorías, funciones de las oficinas jurídicas, Complementariedad entre los sistemas.
Modelo Estándar de Control Interno - MECI- (Decreto 1599 de 2005).	Subsistemas, componentes y elementos de control, y vínculos entre ellos, Implementación y evaluación, Estructura, funcionamiento.

Internet 100%

12:00 p.m.

- Prueba: 66. (Prueba presentada por Elberth Julián Villareal Franco).
- Identificación de la prueba: Para empleos de áreas de desempeño misional del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-.
- Eje temático:

Entidades con los resultados de la consulta - Windows Internet Explorer

http://201.234.78.142/OfertaG1Etapa1/Rconsulta1C

Comisión Nacional del Servicio Civil

Lista de entidades con la OPEC que tienen asociada la actividad de desempeño o prueba seleccionada

Número de la Prueba: 66

Actividad de desempeño: PRUEBA PARA EMPLEOS DE ÁREAS DE DESEMPEÑO MISIONAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

EJE TEMÁTICO	
EJE TEMÁTICO	CONTENIDO
Misionales Comunes Código Sustantivo de Trabajo.	Aspectos generales que rigen las relaciones entre empleador y trabajador (Contratos, salarios, primas, vacaciones, cesantías).
Misionales Comunes Ley 776 de 2002.	Organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.
Misionales Comunes Ley 789 de 2002 (Artículos 1 y 25 a 29).	Definición de sistema de protección social, Recargos, horas extras, jornada ordinaria, indemnización de vacaciones, terminación del contrato e indemnizaciones.
Misionales Comunes Ley 797 de 2003 (Artículos 1 a 7).	Sistema general de pensiones, afiliados, cotizaciones, obligatoriedad de la afiliación, ingreso base de cotización, regímenes, requisitos para acceder a una pensión, beneficiarios.
Misionales Comunes Ley 1010 de 2006.	Adopción de medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.
Misionales Comunes Decreto 1295 de 1994 (Artículos 1 a 35).	Definiciones, objetivos, campos de aplicación, prestaciones económicas y asistenciales, afiliados, cotizaciones, clasificación de riesgos.
Misionales Comunes Resolución 951 de 2003.	Competencias asignadas a dependencias del Viceministerio de Relaciones Laborales, Unidad Especial de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo.
Misionales Específicos Educación y aprendizaje	Definición de los estándares mínimos en la formación, del colombiano en el respeto, en valores que estimulen la convivencia, derechos humanos, la paz y la democracia, en la práctica del trabajo y la recreación, para lograr el mejoramiento cultural, científico y tecnológico y la protección del medio ambiente.
Misionales Específicos Investigación.	Participación en actividades de investigación y desarrollo tecnológico, ocupacional y social, que contribuyan a la actualización y mejoramiento de la formación profesional integral.
Misionales Específicos Metodologías de evaluación.	Implementación y control del proceso de información y la producción y divulgación de resultados de las evaluaciones que se realicen según las distintas necesidades.
Misionales Específicos Formulación.	Realización de estudios e investigaciones en el campo de la evaluación de la calidad de

Internet 85%

12:03 p.m.

Destaca la Sala que, también el **SENA**, evidenció los inconvenientes con las decisiones adoptadas en el Auto 0592 de la **CNSC**, al autorizar la provisión de todos los empleos reportados en el cargo de profesional 2020-18, con aspirantes que presentaron otro tipo de pruebas y que, según su grupo temático, corresponden a áreas diferentes. Así lo expresó la Coordinadora del Grupo de Relaciones Laborales del **SENA**, en el escrito visible a folios 218 a 222, en el que adujo:

*“También evidencia este Grupo al respecto del auto 0592, expedido por la CNSC, que en cumplimiento del fallo del Honorable Consejo de Estado, la Comisión Nacional del Servicio Civil, organizará una nueva lista de elegibles con los profesionales G-18, **pero sin tener en cuenta que cada una de las personas que se presentó a un cargo de profesional G-18 en el SENA presenta diferentes perfiles, por tanto, presentó diferentes pruebas y no podrían estar en la misma lista de elegibles.** A manera de ejemplo, obsérvese la prueba que presentó la accionante, la cual es la 128, que según se evidencia en el link de la página web de la CNSC... tiene la característica de “prueba para empleos de áreas de desempeño transversal o de apoyo en actividades de planeación” y la prueba de otra persona que se presentó a un cargo profesional G-18 del SENA, como el señor Manuel Alberto Botero Ospina, que aparece en el Auto, la prueba 134, “Prueba para empleos de áreas de desempeño transversal o de apoyo en actividades administrativas de recursos físicos, servicios generales y almacén”.*
(Resaltado fuera del texto).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no cabe duda que la nueva lista que elaboró la **CNSC**, no solo no se sujetó a lo que realmente ordenaron los fallos de tutela, sino que además, al mezclar perfiles y pruebas para proveer los cargos, desconoció las normas de carrera administrativa relativas al orden de provisión; las reglas de la Convocatoria, relacionadas con la escogencia e inscripción de grupos temáticos; y de paso, los derechos de los aspirantes al concurso de méritos del **SENA** que se vieron afectados con las decisiones adoptadas por la **CNSC** en los actos que se examinan.

Sobre este asunto particular, consta en el expediente¹³ que para la provisión de los empleos reportados por el **SENA**¹⁴ en la denominación **profesional 2020 grado 18**, la **CNSC** conformó sendas listas de elegibles, de la siguiente forma:

-Resolución núm. 924 de 25 de septiembre de 2009, para el empleo 44927.

-Resolución núm. 1069 de 8 de octubre de 2009, para los empleos 44869 y 44875.

-Resolución núm. 1208 de 28 de octubre de 2009, para el empleo 44937

-Resolución núm. **1575 de 21 de diciembre de 2009**: para los empleos 44727, **44805**, 45102 y 45511.

(La entidad efectuó los nombramientos en periodo de prueba de los elegibles que ocuparon las primeras posiciones. En esta lista, el señor **ELBERTH JULIÁN VILLAREAL FRANCO** ocupó el décimo puesto para proveer una única vacante en el cargo 44805).

- Resolución núm. **2453 de 1° de junio de 2011**, para el empleo 44971. (En esta lista la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO** ocupó el primer puesto).

Ahora bien, al expresar la **CNSC**, en el Auto 0592 de 2012 que *“una vez revisadas las solicitudes efectuadas por el Servicio Nacional de Aprendizaje, para la provisión mediante lista de elegibles de nuevas vacantes, se pudo establecer que **no existe ninguna que haga referencia a empleos cuya denominación corresponda a profesional código 2020, grado 18** (folio 95)”*, se colige que la lista conformada por la **Resolución 1575 de 2009**, para el empleo de profesional

¹³ Folios 88 y 89.

¹⁴ En el cargo de Profesional 2020-18, el **SENA** reportó 20 vacantes, con los siguientes códigos: 44927, 44937, 44533, **44971**, 45511, 44733, 44875, 44557, 44801, 44706, 44623, 45102, 44870, 44705, 44512, 44691, **44805**, 44869, 44725 y 44727 (folio 88)

2020-18, se agotó con la provisión efectuada en orden de mérito, por lo cual es claro que lo que faltaba para su cabal cumplimiento era la aplicación del artículo 18 del Acuerdo 159 de 2011, cuyo tenor dispone:

*“El Banco Nacional de Listas de Elegibles será conformado para la provisión definitiva de empleos de carrera, para los cuales la **CNSC** no hubiese conformado lista de elegibles en el marco de la convocatoria o **habiéndose conformado estuviere agotada**”*
(Resaltado fuera del texto).

De manera que, el proceder de la **CNSC**, no encuentra respaldo alguno, dado que, so pretexto de cumplir una sentencia que en parte alguna ordenó la elaboración de una nueva lista para proveer los otros empleos del cargo profesional 2020-18 del **SENA**, diferente al empleo núm. **44805**, profirió unos actos mediante los cuales la interpretó con evidente desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso y al nombramiento en el estricto orden de mérito de los demás aspirantes a dicho empleo.

Esto, indudablemente, exige del juez de tutela la intervención para el restablecimiento inmediato de los derechos conculcados.

La decisión.

En tratándose de acciones de tutela en las que se ventilan asuntos de concursos para proveer cargos de carrera administrativa, las decisiones que contienen un orden de protección deben ser respetuosas de las garantías de los aspirantes afectados con la expedición de los actos que se dictan en desarrollo del concurso¹⁵, pero que, al desconocer la Constitución, deben ser invalidados, para no hacer nugatorio el principio de mérito que gobierna este tipo de procesos.

¹⁵ Ver sentencia T-256 de 1995. *Up supra* 39.

De ahí, que resulte indispensable precisar las consecuencias de la decisión en el caso *sub examine*, en el cual se dejarán sin efecto los Autos 0204 de 17 de mayo de 2011 y 0592 de 13 de julio de 2012, únicamente respecto de la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO** a quien la **CNSC** deberá garantizarle su derecho de continuar en el concurso en las condiciones existentes al momento de la expedición de los mencionados actos.

Corolario de lo anterior, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, dejará sin efecto los apartes correspondientes en los Autos 0204 de 17 de mayo de 2011 y 0592 de 13 de julio de 2012 y la Resolución 2509 de 23 de julio de 2012 y, en su lugar, procederá a efectuar la publicación de la lista de elegibles conformada a través de la Resolución núm. 2453 de 1° de junio de 2011, para proveer, por única vacante, el cargo **44971** de la denominación **profesional 2020, grado 18** del **SENA**, y nombrar en periodo de prueba a la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**, según el derecho que le asiste, dejando a salvo la decisión que los otros 3 elegibles de dicha Resolución, estos son, Germán Antonio Orjuela Medina, Janeth Villaba Mahecha y Diana Carolina Caicedo Ortegón, hayan adoptado en relación con la aceptación o no de las determinaciones sobre su posición en el concurso acogidas en los referidos Autos.

La **CNSC** comunicará al **SENA**, las decisiones que, en virtud de la presente providencia, deba adoptar en relación con la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**.

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

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 6 de septiembre de 2012, proferida por la Sección Segunda -Subsección C- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En su lugar, se dispone:

AMPÁRANSE los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos de carrera, con observancia del principio de mérito, de la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO** y, en consecuencia, se dejan sin efecto los Autos 0204 de 17 de mayo de 2011 y 0592 de 13 de julio de 2012 y la Resolución 2509 de 23 de julio de 2012, proferidos por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, en lo que corresponde a la situación de la participante **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**, es decir, las decisiones que, en cumplimiento de la sentencia dictada en el proceso de tutela de Elberth Julián Villareal Franco (Expediente núm. 2011-000270), adoptó respecto de la provisión del empleo **44971** para el cargo de profesional 2020 grado 18.

SEGUNDO: ORDÉNASE a la **CNSC** que proceda a la publicación de la lista conformada mediante Resolución núm. 2453 de 1° de junio de 2011, para proveer la única vacante del cargo **44971** de la denominación **profesional 2020, grado 18** del **SENA**, y nombrar en periodo de prueba a la señora **NORA INÉS PEÑA CLAVIJO**, según el derecho que le asiste, dejando a salvo la decisión que los otros 3 elegibles de dicha Resolución, estos son, Germán Antonio Orjuela Medina, Janeth Villaba Mahecha y Diana Carolina Caicedo Ortegón, hayan adoptado en relación con la aceptación o no de las determinaciones sobre su posición en el

