

CONCURSO DOCENTE - Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Comisión Nacional de Servicio Civil es la autoridad competente para resolver reclamaciones / PETICION - Garantía de respuesta en tránsito de legislación

Con la expedición del Decreto 3982 de 2006, -decreto que independientemente de su alcance goza de presunción de legalidad-, la competencia para realizar los concursos docentes pasó de las entidades territoriales certificadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Ahora bien, dado que no se expidió en su momento una norma de transición para los concursos en trámite, que estableciera el mantenimiento de las competencias de las entidades territoriales en este campo y específicamente para resolver las reclamaciones aludidas ha de entenderse que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad hoy responsable según el Decreto 3982 de 2006 para el efecto. De otro lado, cuando entró a regir el Decreto 3982 de 2006, se encontraba vigente el Decreto Ley 760 del 17 de marzo de 2005, mediante el cual ya se había establecido el procedimiento que debe surtirse ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones, en el que se le asigna de forma expresa la competencia para conocer de las reclamaciones que se presenten en desarrollo de los procesos de selección y se define su trámite. La Sala considera importante advertir que los administrados no pueden, frente a un tránsito de legislación, quedar sin la posibilidad de acudir a la administración con el fin de que les sean definidos sus peticiones frente a un determinado asunto y en ese sentido debe existir una autoridad competente para definirlos independientemente de si se le de o no la razón al solicitante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2008-00066-00(C)

Actor: GILDARDO ERNESTO LOPEZ

Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la Ley 954 de 2005, pasa a resolver el conflicto negativo de competencias propuesto por el señor Gildardo Ernesto López con el fin de que se defina cual entidad es la competente, entre la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín y la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que le realice la entrevista y valoración de antecedentes, conforme al fallo de tutela dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia y a la Resolución No. 000387 del 28 de septiembre de 2007, expedida por el ICFES.

ANTECEDENTES

1. El 25 de junio de 2007, el Tribunal Administrativo de Antioquia tuteló los derechos al debido proceso e igualdad ante la ley del señor Gildardo Ernesto López, respecto al concurso de méritos cuyo examen fue presentado el 16 de enero de 2005, ordenando al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior “ICFES”, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la Notificación de esta sentencia, proceda a incluir en el listado de admitidos al señor Gildardo Ernesto López por haber superado satisfactoriamente el puntaje requerido para el cargo al cual aspiraba, con el fin de que continúe el concurso.
2. El 28 de septiembre de 2007, el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior “ICFES”, en cumplimiento de la orden de tutela, expidió la Resolución No. 000387.
3. El fallo de tutela no fue impugnado y una vez enviado a la Corte Constitucional, mediante auto del 3 de octubre de 2007, lo excluyó de la posibilidad de revisión.
4. El 17 de octubre de 2007, el señor López formuló una petición a la Secretaría de Educación de Medellín para que lo convocara a entrevista y se valoraran sus antecedentes, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 3238 de 2004, que rige el concurso referido.
5. El derecho de petición fue remitido al Ministerio de Educación para que fuera resuelto, pero el 26 de noviembre éste lo devolvió argumentando que era la Secretaría de Educación de Medellín, la competente para resolver la solicitud. A su vez, el mencionado Ministerio remitió copia a la Comisión Nacional del Servicio Civil para lo que fuera de su competencia.
6. El 6 de diciembre de 2007, la Comisión Nacional del Servicio Civil devolvió sin trámite la solicitud por tratarse de una convocatoria sobre la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia puesto que la prueba había sido aplicada el 16 de enero de 2005.
7. El 17 de enero de 2008, la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín, a través de escrito solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC- que estudiara la posibilidad de que en cumplimiento del fallo de tutela y teniendo en cuenta que en ese momento era ella la encargada de realizar las entrevistas y valoración de antecedentes a los docentes, se le realizara dicha etapa del concurso para proseguir con el trámite de selección.
8. El 3 de abril de 2008, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC respondió reiterando que no es competente para realizar entrevista y valoración de antecedentes a concurso de docentes realizados antes de la sentencia C-175 de 2006.
9. El 16 de abril de 2008, la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín respondió definitivamente el derecho de petición manifestando que al tratarse de un concurso convocado en el año 2005, no existe en la actualidad, norma que le otorgue competencia a la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín, para citarlo a entrevista y valoración de antecedentes, de igual manera en lo relativo al protocolo de la entrevista y valoración de antecedentes, establecida por el Ministerio de Educación, esta debía efectuarse por medio de modalidad de grupos y por ser único aspirante, no podría efectuarse la entrevista de acuerdo con los parámetros establecidos.

TRAMITE DEL CONFLICTO

1. El presente conflicto de competencias fue fijado en lista entre el 21 y el 25 de agosto de 2008, conforme a lo establecido en el artículo 4º de la Ley 954 de 2005¹ (folio 7, c. 1); al mismo tiempo, la Secretaría de la Corporación informó telefónicamente tanto a la Secretaría de Educación de Medellín como a la Comisión Nacional del Servicio Civil, sobre el inició de la presente actuación (informe Secretarial - folio 8, c. 1).

2. Dentro del término de fijación en lista, intervino la Secretaría de Educación de Medellín (folios 9 a 57, c.1). Extemporáneamente, esto es el 26 de agosto, la Comisión Nacional de Servicio Civil allegó su intervención (folios 58 a 64).

2.1. La Secretaría de Educación de Medellín manifestó lo siguiente:

2.1.1 Que, efectivamente, el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 25 de junio de 2007, protegió los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del señor Gildardo Ernesto López, en relación con el concurso convocado por el Decreto No. 3238 del 6 de octubre de 2004, frente a la prueba de aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas, aplicada en enero de 2005, ordenando al ICFES incluirlo en el listado de admitidos.

2.1.2. Que considera importante para contextualizar la situación planteada, advertir que:

“A fin de permitir el ingreso a la carrera docente, después de la expedición del Decreto 1278 de 2002, hasta la fecha se han efectuado tres concursos de méritos, el primero convocado por el Decreto 3238 de 2004, modificado en algunos apartes por el Decreto 4235 del 16 de diciembre de 2004, uno segundo convocado por el Decreto 3333 de 2005 y el último convocado por el Decreto 3982 del 11 de noviembre de 2006, en los dos primeros concursos en especial el que solicita y pretender (sic) revivir el accionante, se efectuaba evaluación de una prueba de aptitud numérica, aptitud verbal, aptitud verbal, competencias básicas y la psicotécnica, que al ser promediadas se arrojaba un resultado que para el señor Gildardo López fue de 68.97 puntos, no fue satisfactoria para acceder a un cargo de directivo docente.

Por el contrario en el Decreto 3982 de 2006, en la prueba de aptitudes y competencias básicas y la psicotécnica, se modifica completamente la forma de valoración que se había efectuado en los anteriores concursos por tanto se promediaba la prueba de aptitudes y competencias básicas y la psicotécnicas, lo cual equivalía a que un docente que aspiraba a un cargo de directivo docente tenía que sacar un porcentaje superior a 70 en ambas pruebas.

La anterior situación que es de indicar no fue regulada en el decreto 3982 de 2006, implicó una gran inconformidad para los docentes que se inscribieron en el concurso docente regulado por el Decreto 3982 de 2006, por tanto al acudir ante los jueces de tutela fueron por este mecanismo tutelados los derechos fundamentales invocados como vulnerados.

¹ “En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieran interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones.”

El señor Gildardo Ernesto López en la actualidad presta sus servicios como docente al servicio de la Secretaría de Educación en la IE Santo Domingo, se ha presentado en los tres concursos de méritos hasta la fecha, obteniendo en el concurso convocado por el Decreto 3238 de 2004, un puntaje de 68.97, en el concurso convocado por el Decreto 3333 de 2005 un puntaje de 65.7 y el concurso convocado por el Decreto 3982 de 2006 un porcentaje de 76.96, en la prueba de aptitudes y competencias básicas y un porcentaje de 68.52 en la sicotécnica.

De acuerdo con lo anterior y teniendo presente que el fallo de Tribunal Superior de Antioquia, en contra del ICFES, es cosa juzgada, no se entiende porqué el señor Gildardo Ernesto López, en la acción de tutela presentada el 4 de junio de 2007, pretendió restarle validez a un concurso que había superado todas sus etapas e incluso estaba por vencerse listado de elegibles y no al que estaba en curso en dicho momento y frente al cual consideraron los jueces de tutela que las reglas de juego expuestas no fueron claras, lo que implicó para el ICFES y la Comisión Nacional del Servicio Civil por vía de tutela tener que incluir a docentes que en un primer momento se consideraba que no habían superado la primera fase.”

2.1.3. Que, la Secretaría de Educación no fue vinculada al trámite de tutela y desconoce si fue impugnada.

2.1.4. Que las competencias que en los anteriores concursos le habían sido otorgadas a la Secretaría de Educación, fueron asumidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-175 de 2006, proferida por la Corte Constitucional.

2.1.5. Que el 17 de diciembre de 2007, la Unidad Jurídica de la Secretaría de Educación profirió una respuesta definitiva frente a la solicitud del señor López, en el sentido de negarle la posibilidad de ser llamado a entrevista y valoración de antecedentes dado que dicha entidad no tiene competencia para absolver la solicitud, puesto que el Decreto 3982 del 11 de noviembre de 2006 que establece los procedimientos de selección indica en el artículo 12 que la entrevista y valoración de antecedentes se debe realizar en las condiciones que señale la Comisión Nacional del Servicio Civil además de que debe efectuarse en la modalidad de grupo y al ser el único aspirante, no podía efectuarse con dichos parámetros. Que finalmente se le manifestó que la orden de tutela ya fue cumplida por el ICFES al incluirlo en el listado de admitidos mediante la Resolución No. 000387 de 2007.

2.1.6. Ante la insistencia del señor López, el 17 de enero de 2008, la Secretaría de Educación le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que lo llamara a entrevista y valoración de antecedentes teniendo en cuenta que en ese momento se estaban realizando las entrevistas y valoración de antecedentes *“de los docentes de superación prueba de aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas, del concurso de méritos reglamentado por el decreto 3982 de 2006”*.

2.1.7. El 11 de abril de 2008 la Comisión Nacional del Servicio Civil respondió que a partir de lo señalado en la sentencia C-175 de 2006, se sustrajo de la competencia de los entes territoriales la realización de concursos de méritos quedando asignada de manera exclusiva a la Comisión Nacional del Servicio Civil, específicamente a partir de la vigencia del Decreto 3982. Que la

Secretaría de Educación tampoco tendría competencia puesto que el concurso convocado por el Decreto 3238 de 2004 ya agotó todas sus etapas, incluyendo la conformación de listado de elegibles y el nombramiento en periodo de sus integrantes en orden de méritos y que finalmente mal harían en incluir un aspirante que fue eliminado por no superar la primera de las pruebas puesto que vulnerarían los principios de igualdad e imparcialidad que orientan el mecanismo de ingreso a carrera docente.

2.1.8. Que el 16 de abril de 2008, se le comunicó la anterior situación al señor López y se le reiteró lo manifestado en el oficio del 17 de diciembre de 2007.

2.1.9. Resalta que los fallos de tutela son interpartes razón por la cual no puede dar cumplimiento a un fallo de tutela al cual no fue vinculado.

2.1.10. Advierte que es curioso que el señor López no mencione dentro de los hechos que instauró una nueva acción de tutela contra la Secretaría de Educación de Medellín y la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de la cual solicitaba ser llamado a la entrevista y valoración de antecedentes y que fue negada en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Municipal, decisión que fue confirmada por el Juzgado Undécimo Civil del Circuito en sentencia del 29 de mayo de 2008.

2.1.11. Que como consecuencia de todo lo anterior, no existe un conflicto de competencias, sino: i) la falta de obligatoriedad de esta entidad para dar cumplimiento a un fallo de tutela dentro de una acción a la que no fue vinculada, ii) la falta de competencia ya que con la vigencia del Decreto 3982 de 2006 fue derogada la que tenía la Secretaría de Educación para convocar dichas pruebas y, iii) a la imposibilidad técnica puesto que la entrevista debe hacerse en grupo.

2.1.12. Pone en consideración de la Sala, que no entiende porque el señor López busca ser llamado a un concurso que ya había superado todas sus etapas y en el que los docentes ya estaban nombrados en propiedad, pues el actor tenía la posibilidad de buscar ser llamado al concurso convocado en el decreto No. 3982 de 2006 en el que se presentaron dificultades en la calificación de la prueba de aptitudes competencias básicas y la psicotécnica y frente al cual varios docentes que obtuvieron un puntaje similar al del señor López (79.96 en la prueba de competencias básicas y 68.52 en la psicotécnica), tuvieron que ser llamados a entrevista y valoración de antecedentes por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, teniendo en cuenta que se ha presentado a todos los concursos.

2.1.13. Finalmente no puede dejar de mencionar el hecho de que el solicitante haya esperado cerca de 2 años y 5 meses para acudir al juez de tutela a pedir la protección de sus derechos, en un concurso de méritos que para la fecha de presentación de la acción le faltaban 4 meses para el vencimiento del listado de elegibles según lo dispone el artículo 11 del Decreto 1278 de 2002, buscando en últimas revivir los términos. Por tanto, reitera que no se presenta un conflicto de competencias.

2.2. Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil, adjuntó copia del oficio del 3 de abril de 2008, mediante el cual la esa entidad da respuesta a la Secretaría de Educación, en la que advierte que solo es competente para adelantar los concursos posteriores a la vigencia del Decreto 3982 del 11 de noviembre de

2006, el cual al derogar el Decreto 3238 de 2004 le otorgó la competencia que tenían para el efecto a las entidades territoriales certificadas. (fl. 87 a 90, c, 1)

Agrega que la orden de tutela no vinculó en ningún momento a la Comisión Nacional del Servicio Civil y que el concurso por el cual se solicita la entrevista y valoración de antecedentes fue convocado por la Secretaría de Educación de Medellín bajo los criterios del Decreto 3238 de 2004, por lo cual reitera, es un asunto ajeno a su competencia.

DOCUMENTOS APORTADOS

Al expediente fueron allegados por los interesados, los siguientes documentos:

1. Copia de la sentencia del 25 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Gildardo Ernesto López, contra el Instituto Colombiano de Fomento para la Educación Superior – ICFES, por medio de la cual se tutelaron los derechos al debido proceso y a la igualdad del actor y se ordenó que *“en el término de cuarenta (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a incluir en el listado de admitidos al señor Gildardo Ernesto López por haber superado satisfactoriamente el puntaje requerido para el cargo al cual aspira.”*

Para el Tribunal el solicitante pretendía la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, *“comoquiera que al participar de la convocatoria al concurso docente presentó las pruebas básicas y psicotécnicas conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 1278 de 2002, el cual fue improbadado, sin embargo las entidades accionadas aplicaron erróneamente el Decreto Reglamentario 3982 de 2006 y computaron mal los resultados obtenidos, dejándolo por fuera de la lista de admitidos.”* Lo anterior con fundamento en que *“el accionado superó la prueba de aptitudes y competencias básicas la cual es la única que ostenta carácter eliminatorio y sin embargo fue excluido de la lista, toda vez que al computarse el resultado con la psicotécnica su puntaje disminuyó notablemente”* Que en efecto, *“si bien el informe de resultados del señor Gildardo Ernesto López indica la no aprobación del mismo, considera la Sala que le asiste razón al actor cuando afirma que la sumatoria de los puntajes obtenidos en las diferentes pruebas fue errónea, pues al computarse los resultados obtenidos en la prueba de aptitud numérica (77.0), aptitud verbal (68.00) y competencias (73.5), el total obtenido es de **setenta y dos punto ochenta y tres** (72.83) puntos, lo que lo ubica por encima del mínimo exigido para aspirar al cargo de rector (setenta (70) puntos), excluyendo obviamente la prueba psicotécnica por las razones ya expuestas.”* (fl. 5 a 16, c.1)

2. Copia de la Resolución 000387 del 28 de septiembre de 2007, por medio de la cual el ICFES, en cumplimiento del fallo de tutela, da *“validez a los resultados obtenidos por el señor Gildardo Ernesto López en la prueba de aptitudes y competencias básicas tal como lo contempla el decreto 1278 de 2002, aplicadas el 16 de enero de 2005, dentro del concurso de méritos para directivos docentes y docentes”.* (fl. 17, c1)

3. Copia de oficio contentivo del derecho de petición del 17 de octubre de 2007, formulado por el señor López ante la Secretaría de Educación de Medellín, con el fin de que se le convoque a entrevista y valoración de antecedentes. (fl. 21, c.1)

4. Copia del oficio de 30 de octubre de 2007, por medio del cual la Secretaría de Educación de Medellín, por falta de competencia, remite al Ministerio de Educación Nacional con copia a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la solicitud relacionada en el punto anterior, advirtiendo que el listado de elegibles de dicho concurso ya perdió validez. (fl. 22, c.1)

5. Copia del oficio del 17 de diciembre de 2007 dirigida al peticionario, mediante el cual manifiesta que con el decreto 3982 de 2007, quedaron derogados los decretos 3238 de 2004, 3755 de 2004, 4235 de 2004 y 3333 de 2005, razón por la cual no existe norma que otorgue competencia a la Secretaría de Educación de Medellín para citarlo a entrevista y valoración de antecedentes, además de que la entrevista no puede efectuarse de acuerdo a los parámetros establecidos dado que debe ser en la modalidad de grupos y él sería un único aspirante. (fl. 80, c. 1)

6. Copia del oficio de 19 de diciembre de 2007, por medio del cual el Ministerio de Educación Nacional devuelve a la Secretaría de Educación de Medellín el derecho de petición del señor López por considerarla competente. Igualmente le informa que la Comisión Nacional del Servicio Civil, devolvió dicha solicitud sin trámite alguno, por considerar que en el año 2005 no era competente para administrar los concursos docentes. (fl. 23, c. 1)

7. Copia de la respuesta proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil referida en el punto anterior de 6 de diciembre de 2007. (fl. 25, c1)

8. Copia del oficio de 17 de enero de 2008, mediante el cual la Secretaría de Educación de Medellín solicita a la Comisión Nacional del Servicio Civil que teniendo en cuenta que de conformidad con la normatividad vigente la Comisión es ahora la competente para adelantar los concursos de méritos, considere la posibilidad de realizar la entrevista y el análisis de antecedentes al peticionario. (fl. 26, c.1)

9. Copia del oficio de 3 de abril de 2008, mediante el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil da respuesta al documento relacionado en el punto anterior, advirtiendo que el Tribunal Administrativo de Antioquia al tutelar los derechos fundamentales del accionante, esto es el 25 de julio de 2007, no tuvo en cuenta el estado en que se encontraba el concurso convocado y dirigido por el ente territorial, ni la vigencia de las normas de competencia, puesto que el decreto 3238 de 2004, había sido derogado por el decreto 3982 del 11 de noviembre de 2006. (fl. 28 a 31, c, 1)

10. Copia del oficio del 16 de abril de 2008, mediante la cual se le da respuesta definitiva al señor López, en el sentido de informarle que de conformidad con lo señalado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a partir de la sentencia C-175 de 2006 y de la entrada en vigencia del decreto 3982 del 11 de noviembre de 2006, es ella la competente para adelantar los procesos de selección; que adicionalmente, en relación con la competencia de la Secretaría de Educación, al haberse agotado todas las etapas del concurso previstas en vigencia del decreto 3238 de 2004, incluyendo la conformación de la lista de elegibles y el nombramiento en periodo de prueba de sus integrantes en orden de méritos, no podría ahora la Comisión incluir un aspirante que no superó la etapa de pruebas, quebrantando los principios de igualdad e imparcialidad que orientan el mecanismo de ingreso a la carrera docente. Finalmente reitera lo manifestado en la comunicación del 17 de diciembre de 2007. (fl. 32 c.1)

11. Copia de la sentencia de tutela del 24 de abril de 2008, proferida por el Juzgado Vigésimo Primero Civil Municipal de Medellín, mediante la cual se le negó la protección a varios derechos constitucionales invocados y la solicitud de que se ordenara al Municipio de Medellín la realización de las etapas siguientes del concurso de méritos cuyo examen fue presentado el 16 de enero de 2005.

Para el Juzgado, el accionante pretende que se ordenen a la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín realizar las siguientes etapas del proceso: entrevista, valoración de antecedentes e inclusión en la lista de elegibles, dentro del concurso de docentes y directivos docentes realizado según la convocatoria del decreto 3333 del año 2005, con fundamento en la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia. En su concepto la decisión del Tribunal partió de suponer que el trámite del concurso estaba vigente, cuando lo que se presenta realmente es que ni legalmente ni por las reglas previamente establecidas para el concurso del año 2005, las entidades vinculadas a este trámite están en la obligación de continuar con el mismo, lo que determina que no se pueda imponer a la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín que atienda normas que ya no puede aplicar porque está derogada la atribución de la que venía asistida, y tampoco ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, vinculada oficiosamente, que aplique normas que rigieron antes de que se le atribuyera la competencia, lo cual sí traería una vulneración al debido proceso por quebrantamiento de los principios de igualdad e imparcialidad que rigen la carrera docente pues se obligaría a las entidades a incurrir en vía de hecho por faltar al principio de la legalidad. Igualmente advirtió el Juez, que la tutela se impone para restablecer el orden y no para permitir la ilegalidad, razón por la cual es improcedente al no encontrar vulnerado ninguno de los derechos invocados y al encontrar que las peticiones formuladas han sido resueltas en el sentido de que no tienen competencia. (fl. 63 a 79, c. 1)

12. Copia de la sentencia de tutela del 29 de mayo de 2008, proferida por el Juzgado Undécimo Civil del Circuito, mediante la cual se confirmó la decisión anterior, por cuanto no puede premiarse la inactividad del actor teniendo en cuenta que tuvo todas las oportunidades de haber interpuesto las acciones respectivas inmediatamente conoció los resultados y no meses después cuando ya inclusive existía otro concurso en camino. Agregó que para la época en que el señor López interpuso la primera tutela y cuando se expidió la resolución que lo incluyó como admitido, la competencia en relación con la administración y vigilancia de la carrera era la Comisión Nacional del Servicio Civil y ese concurso ya había agotado todas las etapas, lo cual significa que si fue tardía la inclusión en la lista de admitidos, ahora lo es más la entrevista y valoración de antecedentes en un concurso que perdió vigencia, tanto que posteriormente se abrieron dos más, resultando imposible la aplicación de normas derogadas so pena de violar el debido proceso y la legalidad de la actuación. (fl. 45 a 60, c. 1)

CONSIDERACIONES

1. Consideración previa

La Sala advierte que de conformidad con el artículo 33 del C.C.A., concentrará su análisis en la competencia para resolver la petición formulada a la Secretaría de Educación de Medellín por el señor Gildardo Ernesto López radicada el 17 de octubre de 2007, mediante la cual pretende que se continúe con la siguiente etapa del concurso docente cuya prueba fue presentada el 16 de enero de 2005 y frente a la cual tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la Secretaría de

Educación de Medellín se han considerado incompetentes. Por tanto, la Sala no se ocupará de lo relacionado con el contenido de los fallos de tutela ni de su aplicación.

2. Entidad competente para administrar la carrera docente.

En relación con el concurso para ingresar al servicio educativo estatal, el Decreto Ley 1268 del 20 de junio de 2002, mediante el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente, reguló “las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, garantizando que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes.”

Dispuso igualmente que las normas del estatuto se aplicarán a quienes se vinculen a partir de la vigencia del referido decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma.

Señaló igualmente que cuando no exista listado de elegibles, la entidad territorial certificada es la entidad competente para convocar a concurso público y abierto, con el cumplimiento de varias etapas², y dispuso que el Gobierno las reglamentará, al igual que la elaboración de las pruebas de selección y el señalamiento de los puntajes correspondientes para la selección y clasificación.

En cuanto a la administración y vigilancia de la Carrera Docente señaló el artículo 17, lo siguiente:

² “ARTICULO 9o. ETAPAS DEL CONCURSO PARA INGRESAR AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL. Cuando no exista listado de elegibles respectivo, la entidad territorial certificada convocará a concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, el cual se realizará según reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, y tendrá las siguientes etapas:

- a) Convocatoria;
- b) Inscripciones y presentación de la documentación;
- c) Verificación de requisitos y publicación de los admitidos a las pruebas;
- d) Selección mediante prueba de aptitudes y competencias básicas. Tiene por objeto la escogencia de los aspirantes más idóneos que harán parte del correspondiente listado de elegibles;
- e) Publicación de resultados de selección por prueba de aptitud y competencias básicas;
- f) Aplicación de la prueba psicotécnica, la entrevista y valoración de antecedentes;
- g) Clasificación. Tiene por objeto establecer el orden en el listado de elegibles, según el mérito de cada concursante elegible, asignando a cada uno un lugar dentro del listado para cada clase de cargo, nivel y área del conocimiento o de formación, para lo cual se tendrán en cuenta los resultados de la prueba de aptitudes y competencias básicas; la prueba psicotécnica; la entrevista y la valoración de antecedentes. Para los directivos se calificarán los títulos de postgrado relacionados con las funciones del cargo y la experiencia adicional;
- h) Publicación de resultados;
- i) Listado de elegibles por nivel educativo y área de conocimiento, en orden descendente de puntaje para cada uno de ellos.

PARAGRAFO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> El Gobierno Nacional reglamentará ~~de manera general el contenido y los procedimientos de~~ cada una de las etapas del concurso, la elaboración de las pruebas de selección y señalará los puntajes correspondientes para la selección y clasificación, ~~determinando cuáles de ellas admiten recursos y su procedimiento.~~”

“ARTICULO 17. ADMINISTRACION Y VIGILANCIA DE LA CARRERA DOCENTE. La carrera docente se orientará a atraer y a retener los servidores más idóneos, a promover el desarrollo profesional y el mejoramiento continuo de los educadores y a procurar una justa remuneración, requiriendo al mismo tiempo una conducta intachable y un nivel satisfactorio de desempeño y competencias. Será administrada y vigilada por las entidades territoriales certificadas, las cuales, a su vez, conocerán en primera instancia de las reclamaciones que se presenten en relación con la aplicación de la carrera. La segunda instancia corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil.” (Subrayas fuera de texto)

Con la expedición del decreto 3238 del 6 de octubre de 2004, por el cual se reglamentan los concursos que rigen para la carrera docente y se determinan criterios, contenidos y procedimientos para su aplicación, se definió la estructura y el procedimiento de los concursos, publicación del resultado de las pruebas, entrevista y valoración de antecedentes, la valoración de las pruebas, la vigencia de la lista de elegibles, entre otros; todo a cargo de la entidad territorial certificada, tal como lo señaló su artículo 1º:

“**Artículo 1º. Ambito de aplicación.** El presente decreto se aplica a los concursos de méritos para seleccionar docentes y directivos docentes para proveer la planta de cargos organizada conjuntamente por la Nación y la entidad territorial para el servicio educativo estatal, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-ley 1278 de 2002;

(...)

Parágrafo. Los concursos para la provisión de cargos necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales se realizarán en cada entidad territorial certificada. Los aspirantes seleccionados serán nombrados en período de prueba en la planta de cargos respectiva, mediante acto administrativo que indique el lugar de trabajo; en todo caso por necesidad del servicio la entidad puede, de manera autónoma, trasladar al docente o directivo docente entre los diferentes establecimientos educativos de su jurisdicción;

(...)”

En cuanto a las reclamaciones por la presunta violación a las normas de carrera dispuso el artículo 10, que se deberá efectuar en los términos del artículo 17 del Decreto-ley 1278 de 2002. Específicamente para las relacionadas con la inconformidad en la calificación de las pruebas estableció que sería competente la entidad territorial respectiva en única instancia:

Artículo 10. Publicación de resultados de las pruebas. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 3333 de 2005. El Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Icfes, entregará el consolidado de los resultados a los departamentos, distritos y municipios certificados, y publicará por Internet los resultados de las pruebas para que cada aspirante consulte sus resultados con su número de documento de identidad.

El puntaje mínimo para superar las pruebas de aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas, y por ende ser admitido a la entrevista y valoración de antecedentes, es de sesenta por ciento (60%) para cargos docentes y setenta por ciento (70%) para cargos directivos docentes.

La entidad territorial publicará, por un término de tres (3) días hábiles, la lista de los aspirantes admitidos a la entrevista y valoración de antecedentes con la indicación del sitio, fecha y hora de su realización.

Establecida la lista de admitidos a la entrevista, las reclamaciones referentes a su conformación deberán ser presentadas a más tardar el día hábil siguiente al vencimiento del término de su publicación y serán resueltas en única instancia por la entidad territorial dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Para resolver la reclamación, la entidad territorial certificada deberá fundamentar su decisión en los resultados obtenidos por el aspirante, de acuerdo con la certificación emitida para tal efecto por el Icfes.

Parágrafo. El Icfes anulará los resultados de los exámenes realizados, en caso de fraude, sustracción del material de examen, suplantación de persona o cuando efectuados los controles de aplicación o calificación, se infiera o se demuestre la ocurrencia de circunstancias irregulares en su desarrollo que afecten su validez. (Subrayas fuera de texto)

Cabe recordar que el legislador expidió la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”. En relación con dicha ley la Corte Constitucional en sentencias C-746 de 1999³ y C-1230 de 2005, entre otras, señaló que correspondía a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración de las carreras especiales de origen legal. Particularmente en la sentencia 1230, precisó:

“La Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador sistemas específicos de carrera, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal y como ocurre con el sistema general de carrera. Distintas son las razones que apoyan esta interpretación. La Constitución del 91 consagró el sistema de carrera como la regla general para el acceso al servicio público, y con ese mismo propósito le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia “de las carreras de los servidores públicos”. Si ello es así, no queda duda que la exclusión de competencia prevista en el artículo 130 Superior para la Comisión es de alcance excepcional y de interpretación restrictiva y, por tanto, debe entenderse que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional, o lo que es igual, para aquellos señalados expresamente por la propia Carta Política. Si el artículo 130 Superior dispone que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad “responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos”, excepción hecha de las que tengan carácter especial”, está definiendo dos aspectos puntuales sobre su ámbito de competencia. El primero, que la referida competencia es sobre “las carreras de los servidores públicos”; es decir, que tiene alcance general y que, por tanto, no se puede agotar en un sólo sistema de carrera, la carrera ordinaria o común, sino que se proyecta también sobre otros que, de acuerdo con la exclusión de competencia prevista en la misma preceptiva, no pueden ser sino los sistemas especiales

³ “El artículo 125 de la Constitución consagró, como regla general, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Allí se establecieron las excepciones : los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que señale la ley. El artículo 130 de la C.P. parte de la base de que existen varias carreras administrativas, pero que sólo están separadas de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil "las que tengan carácter especial". Existe armonía, para efectos de lo que interesa en esta demanda, entre lo dispuesto en el artículo 125 y el 130 de la Constitución, en el siguiente sentido: si la carrera administrativa es la regla general para los servidores públicos, la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, sobre las distintas carreras, es también la regla general, y que sólo en virtud de la exclusión que sobre alguna carrera haga la propia Constitución, la Comisión carecerá de competencia.”

de origen legal. El segundo, que las funciones a ella asignada para administrar y vigilar las carreras se constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible. Acorde con los artículos 125 y 130 de la Carta, la interpretación que se ajusta al espíritu de dichas normas, es aquella según la cual, es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales que tengan origen constitucional. **Ello significa que se constituye en un imperativo constitucional, que se le asigne a dicha Comisión tanto la administración como la vigilancia de la carrera general y de las carreras especiales de origen legal, estas últimas, denominadas por el legislador carreras específicas.** Cabe destacar que, aun cuando es cierto que el legislador goza de un amplio margen de configuración política para desarrollar lo concerniente a la implementación del sistema de la carrera, tratándose de la carrera general y de los sistemas especiales de carrera de origen legal, dicha habilitación no comprende ni compromete la definición de competencia sobre las funciones de administración y vigilancia de las carreras, por ser éste un asunto del que se ha ocupado directamente la Constitución Política, precisamente, al asignarle a través del artículo 130 las dos funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Corte encuentra que en lo que respecta al numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004, acusado en esta causa, el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa contraria al ordenamiento Superior, al reducir la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil únicamente a la “vigilancia” de las carreras específicas.” (Negritillas fuera de texto)

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia C-175 del 8 de marzo de 2006, declaró la exequibilidad de la expresión “*El que regula el personal docente*” contenida en el numeral 2 del artículo 3° de la Ley 909 de 2004⁴, que reglamenta

⁴ Ley 909 de 2004. “Artículo 3°. Campo de aplicación de la presente ley.

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

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

-Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

-Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

-Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

-A los empleados públicos de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional.

-A los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

-A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

-En las corporaciones autónomas regionales.

-En las prisiones.

-En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

-En la Comisión Nacional de Televisión.

-En la Auditoría General de la República.

-En la Contaduría General de la Nación;

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

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan

la carrera administrativa de los empleados públicos, por el cargo estudiado, al considerar que:

“Ahora bien, al retomar los argumentos de inconstitucionalidad planteados por el actor, para la Corte es claro que se está partiendo de una premisa errada al incluir dentro de las carreras especiales a que se refiere la Constitución Política en su artículo 130 la de los docentes, pues la excepción prevista en dicho artículo, se refiere a las carreras especiales de origen constitucional y no a las especiales de creación legal, como es el caso de la de los docentes. En consecuencia, la remisión supletoria que hace el legislador para que la ley de carrera administrativa sea aplicada a la carrera de docentes no viola la Constitución Política, pues lo que proscribe la Carta es la administración y vigilancia de las carreras especiales de origen constitucional por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por el contrario, la Corte ha determinado que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el órgano competente para la vigilancia y administración de las carreras especiales de origen legal.” (Subrayas fuera de texto)

Por lo anterior, el 11 de noviembre de 2006, el Gobierno Nacional expidió el decreto 3982 mediante el cual se estableció que sería la Comisión Nacional del Servicio Civil la encargada de adelantar los concursos docentes y por ende las diversas etapas inherentes a ellos, derogando el decreto 3238 de 2004. Señaló en su artículo 1º:

“Artículo 1º. Ambito de aplicación. El presente decreto se aplica a los concursos de méritos para seleccionar docentes y directivos docentes para proveer los cargos de la planta de cargos del servicio educativo estatal administrado por las entidades territoriales certificadas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-ley 1278 de 2002.”

Así, en el artículo 5º, se dispuso que fuera la Comisión Nacional del Servicio Civil, la encargada de realizar la convocatoria a concurso y de determinar el organismo competente para resolver reclamaciones y términos para presentarlas; en los siguientes términos:

Artículo 5º. Convocatoria. La Comisión Nacional del Servicio Civil realizará la convocatoria a concurso para los cargos de docentes y directivos docentes para el servicio educativo estatal, de acuerdo con el cronograma que fije anualmente para la aplicación de las pruebas de aptitudes, de competencias

de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

-Rama Judicial del Poder Público.

-Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

-Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

-Fiscalía General de la Nación.

-Entes Universitarios autónomos.

-Personal regido por la carrera diplomática y consular.

-El que regula el personal docente.

-El que regula el personal de carrera del Congreso de la República.

Parágrafo 2º. Mientras se expida (sic) las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.”

básicas y psicotécnicas que diseñará, adoptará y aplicará el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, de conformidad con lo establecido en el numeral 3.13 del artículo 3° del Decreto 2232 de 2003.

El acto administrativo de la convocatoria deberá contener los siguientes aspectos reguladores del concurso y sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento:

- a) Entidad o entidades para las cuales se realiza el concurso;
- b) Entidad que realiza el concurso;
- c) Medios de divulgación;
- d) Identificación de los cargos objeto del concurso: con indicación del número de cargos docentes, nivel, ciclo y área, que serán convocados para cada entidad territorial;
- e) Número de cargos de directores rurales, coordinadores y rectores que serán convocados para cada entidad territorial;
- f) Requisitos exigidos para cada uno de los cargos;
- g) Pruebas que serán aplicadas, su carácter eliminatorio o clasificatorio; puntaje mínimo aprobatorio para las pruebas eliminatorias, valor de cada prueba dentro del concurso; fecha de aplicación y metodología de citación;
- h) Organismo competente para resolver reclamaciones y términos para presentarlas;
- i) Metodología para la utilización de la lista de elegibles;
- j) Duración del período de prueba.” (Subrayas fuera de texto)

3. El caso concreto

Tal como se anunció anteriormente, en el presente caso el problema que se plantea es el de determinar cuál es la entidad competente para resolver la petición elevada por el señor Gildardo Ernesto López relativa a la realización de una entrevista y demás etapas subsiguientes del concurso para cargos en la carrera administrativa docente en relación con la convocatoria realizada con base en el Decreto 3238 de 2004, derogado expresamente por el Decreto 3982 de 2006 que dejó en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil la realización de los concursos para la carrera docente y administrativa docente y dentro de los cuales se incluye la competencia relativa a reclamaciones y términos para presentarlas.

Al respecto si bien es cierto que el decreto referido empezó a regir a partir del 11 de noviembre de 2006, también lo es que su ámbito de aplicación hace referencia a los concursos docentes convocados de conformidad con el decreto ley 1278 de 2002, lo cual permitiría concluir que los que se encontraban en trámite a cargo de las entidades territoriales certificadas debieron ajustarse al nuevo decreto.

En ese orden de ideas ha de entenderse que con la expedición del Decreto 3982 de 2006, -decreto que independientemente de su alcance goza de presunción de legalidad-, la competencia para realizar los concursos docentes pasó de las entidades territoriales certificadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Ahora bien, dado que no se expidió en su momento una norma de transición para los concursos en trámite, que estableciera el mantenimiento de las competencias de las entidades territoriales en este campo y específicamente para resolver las reclamaciones aludidas ha de entenderse que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad hoy responsable según el Decreto 3982 de 2006 para el efecto.

De otro lado, cuando entró a regir el Decreto 3982 de 2006, se encontraba vigente el Decreto Ley 760 del 17 de marzo de 2005, mediante el cual ya se había establecido el procedimiento que debe surtir ante la Comisión Nacional del

Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones, en el que se le asigna de forma expresa la competencia para conocer de las reclamaciones que se presenten en desarrollo de los procesos de selección y se define su trámite.⁵

La Sala considera importante advertir que los administrados no pueden, frente a un tránsito de legislación, quedar sin la posibilidad de acudir a la administración con el fin de que les sean definidos sus peticiones frente a un determinado asunto y en ese sentido debe existir una autoridad competente para definirlos independientemente de si se le de o no la razón al solicitante.

En consecuencia, la Sala encuentra que es la Comisión Nacional del Servicio Civil la competente para resolver en este caso la petición formulada.

Por lo anterior, la Sala ordenará la remisión de la presente actuación administrativa a la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, dado que en los Oficios del 6 de diciembre de 2007 y del 3 de abril de 2008, respectivamente, fls. 25 a 31, c1, hizo referencia exclusivamente a su incompetencia y no resolvió materialmente y de fondo la petición del solicitante, quien por tanto tiene derecho a que esta sea atendida de manera definitiva y motivada por la autoridad competente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar competente a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** para resolver la solicitud formulada por el señor **GILDARDO ERNESTO LOPEZ**.

SEGUNDO. Por Secretaría, comuníquese esta decisión a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, a la Secretaría de Educación de Medellín y al señor **GILDARDO ERNESTO LOPEZ**.

TERCERO. Se reconoce personería a las doctoras Isabel Angarita Nieto y María del Pilar Acosta Barrios, como apoderadas de la Secretaría de Educación de Medellín y la Comisión Nacional del Servicio Civil, respectivamente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala

⁵ Ver artículo 17 del Decreto Ley 1278 de 2002.