



Sentencia 3113 de 2011 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

PROVISION DE EMPLEADOS MIENTRAS SE SURTE EL CONCURSO DE MERITOS - Debe hacerse en encargo o provisionalidad. Debe encargarse a funcionario de carrera si cumple con los requisitos / PROVISION DE VACANTE DEFINITIVA EN CARRERA - Empleo debe contar con lista de elegibles de empleos equivalentes. Elegibles debe cumplir con los requisitos del empleo a proveer

Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, de conformidad con el artículo 8° del citado Decreto 1227, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera. La CNSC podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio, lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Sin embargo, la misma norma prevé que el nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada. (...) Para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC, para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegible, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1227 DE 2005 - ARTICULO 8

DEBIDO PROCESO EN CONCURSO DE MERITOS - Vulneración por omisión en nombramiento de lista de elegibles existiendo equivalencia en los empleos / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO - Concepto / APLICACION DE LISTA DE ELEGIBLES - Pese a no estar vigente se aplica porque la solicitud fue anterior

De las pruebas, destaca la Sala que el empleo para el cual concursó la actora, encuentra equivalencias, en los términos del artículo 3° del Acuerdo 150 de 2010 (septiembre 16), de la CNSC, con otros dos empleos contemplados en las Resoluciones 070 de 2007 (enero 16) y 55 de 2010 (enero 13); esto es, tienen la misma denominación, código y grado; para su desempeño se exigen requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales; y con el empleo del nivel central Unidad de Atención al Ciudadano, se cumplen las mismas funciones. Así las cosas, en el caso concreto le asistía derecho a la actora, al haber ocupado el segundo puesto en la lista de elegibles, de ser nombrada en período de prueba en uno de los 122 cargos creados en la nueva planta de personal, haciendo uso de la lista de elegibles que para ese momento se encontraba vigente. Sin duda, la provisión de los cargos creados mediante el Decreto 5013 de 2009 que efectuó el Ministerio de Educación Nacional con autorización de la CNSC, vulneró el derecho al debido proceso de la actora, pues existiendo equivalencia entre el empleo al que ella aspiró en la Convocatoria 001 de 2005 -en la cual ocupó el segundo puesto- y por lo menos 2 de los nuevos empleos, debió hacer uso de la lista de elegibles, según las normas de carrera analizadas en la presente providencia. (...) En el caso particular, las demandadas estaban en la obligación de hacer uso de la lista de elegibles, en la que la actora ocupaba el segundo lugar, por cuanto quien obtuvo el primer lugar (Dora Inés Ojeda Roncacio), ya fue nombrada y posesionada en la vacante, según la afirmación hecha por la Subdirectora de Talento Humano (E) del Ministerio de Educación, en la respuesta al derecho de petición de la demandante, visible a folio 419. De este modo, frente a la vulneración del debido proceso administrativo, entendido como "la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley", debe el juez de tutela ordenar las medidas que sean pertinentes para reestablecer el derecho conculcado. En consecuencia, siguiendo los parámetros precisados en la sentencia de 24 de abril de 2008, Consejero Ponente Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta antes transcritos, se amparará el derecho al debido proceso y al acceso a un cargo público, por mérito, de la ciudadana María Dugley Duque Pulido. Es pertinente aclarar que pese a que la lista de elegibles conformada mediante Resolución 639 de 6 noviembre de 2008, estuvo vigente hasta el 24 de noviembre de 2010, tiene plena aplicabilidad, comoquiera que la petición de amparo se elevó antes de dicha fecha. En vista de lo anterior, la Sala revocará en su totalidad la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar, amparará el derecho al debido proceso y ordenará al Ministerio de Educación Nacional suspender el procedimiento para proveer los empleos vacantes, hasta tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil efectúe el estudio de equivalencias entre los empleos de la lista de elegibles de la Convocatoria 001 de 2005 (Resolución 639 de 2008) y los cargos creados con posterioridad a la apertura de ésta (Decretos 5012 y 5013 de 2009), para ser provistos de la mencionada lista, conforme a los lineamientos fijados en esta providencia. Una vez agotado el procedimiento anterior, la CNSC procederá a autorizar el uso de la lista de elegibles (Resolución 639 de 2008), para que el Ministerio efectúe el nombramiento de la actora en uno de los 122 cargos profesional especializado 2028-16, con el cual haya quedado establecida la equivalencia.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 150 DE 2010 - ARTICULO 3 / DECRETO 5013 DE 2009

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-15- 2010-03113-01(AC)

Actor: MARIA DUGLEY DUQUE PULIDO

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION

Decide la Sala la impugnación formulada por la actora contra la sentencia de 19 de octubre de 2010, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera - Subsección A) amparó el derecho fundamental de petición y denegó la protección de los demás derechos invocados en la demanda.

I - ANTECEDENTES.

I.1.- La acción.

La ciudadana María Dugley Duque Pulido promovió acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, contra el Ministerio de Educación Nacional, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso y ascenso a cargos públicos.

I.2.- Hechos.

* La peticionaria se vinculó al Ministerio de Educación Nacional, mediante Resolución N° 391 de 1987, en provisionalidad. Por concurso de méritos, fue nombrada en el cargo de Tecnólogo 4165-16, mediante Resolución N° 2222 de 1995.

* Posteriormente, participó en la Convocatoria 001 de 2005, para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa de las Entidades y Organismos del Orden Nacional y Territorial, en la cual ocupó el segundo puesto para el empleo 41459, código 2028, grado 16, según Resolución 639 de 2008.

* Mediante Decretos 5012 y 5013 de 2009, se reestructuró y modificó la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional, y se crearon cargos de profesionales especializados 2028, grado 16, equivalentes al empleo que aspira en la Convocatoria 001 de 2005.

* El 28 de diciembre de 2009, el Ministerio convocó a un concurso interno, con el fin de proveer por encargo o provisionalidad, los empleos de la nueva planta, mientras se realizaba el concurso público de todos los cargos, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

* Como resultado del concurso interno, la demandante fue nombrada por encargo, en uno de los cargos de profesional especializado 2028, grado 16, hasta el 7 de febrero de 2011.

* Por considerar que le asistía derecho a ser nombrada en periodo de prueba en uno de los 122 cargos de profesional especializado 2028-16, creados en la nueva planta, solicitó al Ministerio de Educación Nacional hacer uso de la lista de elegibles de la Convocatoria, dado que dichos cargos son equivalentes a aquel en el que se encuentra inscrita.

* Su solicitud fue remitida a la Comisión Nacional del Servicio Civil, pero ninguna de las dos entidades ha respondido su petición.

* Acude en acción de tutela, porque su nombramiento por encargo no le garantiza el derecho que tiene a ser nombrada en periodo de prueba, teniendo en cuenta que ocupa el segundo lugar en la lista de elegibles conformada mediante Resolución 639 de 6 de noviembre de 2008, cuya vigencia es de 2 años.

I.3.- Pretensiones.

Solicita que se ordene al Ministerio de Educación Nacional nombrarla, en periodo de prueba, en uno de los cargos equivalentes de profesional especializado 2028 grado 16, que se encuentran vacantes o en encargo.

II.- ACTUACION PROCESAL.

II.1. Admisión.

Por auto de 4 de octubre de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera - Subsección A) admitió la acción y ordenó notificar al Ministerio de Educación Nacional y a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC.

II.2. Contestación.

II.2.1. El Ministerio de Educación Nacional afirmó que la demandante se encuentra inscrita en la lista de elegibles para proveer empleos de carrera de esa entidad, mediante Resolución 639 de 2008, para el empleo 41459, profesional especializado 2028-16.

Expresó que solicitó autorización a la CNSC para proveer los empleos de carrera administrativa creados con posterioridad a la apertura de la

Convocatoria 001 de 2005. Mediante oficio 2010ER7468 la CNSC autorizó de manera temporal los nombramientos en provisionalidad o por encargo, mientras buscaba el banco de lista de elegibles. Finalmente, en oficio 2010ER32665 de 9 de abril de 2010, la Comisión autorizó el proceso de selección y a partir de ese momento iniciaron las gestiones para adelantar el concurso público de provisión de vacantes definitivas.

II.2.2. La Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC indicó que en cumplimiento de su función de establecer los lineamientos generales para desarrollar los procesos de selección, para la provisión de los empleos de carrera administrativa, expidió el Acuerdo 150 de septiembre de 2010, según el cual, cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante, la CNSC debe verificar que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente, producto de la convocatoria, para poder autorizar su uso.

Para el caso concreto, señaló que la actora se encuentra inscrita en el empleo 41459, del cual sólo se ofertó una vacante en la prueba 212 de la Convocatoria 001 de 2005, y que en la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC del Ministerio de Educación no existen otros empleos 41459, para considerar la lista de elegibles que reclama.

III. EL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera - Subsección A) en sentencia de 19 de octubre de 2010, amparó el derecho fundamental de petición y denegó la protección de los demás derechos invocados en la demanda.

Señaló el Tribunal que la CNSC, mediante Resolución N° 639 de 2008, conformó la lista de elegibles para proveer empleos de carrera del Ministerio de Educación Nacional de la Convocatoria N° 001 de 2005, en la cual la peticionaria figura en el empleo 41459, para el cargo de profesional especializado 2028-16.

Sin embargo, advirtió que no era posible acceder a la pretensión de nombrarla en período de prueba, en virtud de la mencionada lista de elegibles, en los cargos creados con posterioridad a la apertura de la Convocatoria 001 de 2005, porque el juicio de equivalencia entre estos nuevos empleos y aquel en el que quedó inscrita en el concurso, corresponde efectuarlo a la CNSC; entidad que sobre el asunto manifestó que dentro de la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC del Ministerio de Educación, no existen empleos equivalentes que puedan ser provistos con la lista de elegibles conformada para el empleo 41459.

Agregó que no puede nombrarse a la actora en los nuevos cargos de la entidad, porque en la lista de elegibles aparecen 44 aspirantes más que tienen el mismo derecho e incluso cuentan con un puntaje mayor que el obtenido por ella.

Aludió a la afirmación del Ministerio de Educación Nacional, según la cual todas las vacantes existentes en dicha entidad han sido reportadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil. En vista de lo anterior, la CNSC ya profirió la Resolución N° 2445 de 27 de julio de 2010 *"Por la cual se establece el valor estimado a pagar por parte del Ministerio de Educación Nacional, con NIT 899999001-7, con el fin de cubrir los costos del concurso abierto de méritos para proveer empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa"*.

Por otra parte, estimó el Tribunal que la CNSC vulneró el derecho de petición de la actora, por cuanto la solicitud elevada el 24 de agosto de 2010, a la Ministra de Educación solicitando su nombramiento de la lista de elegibles de la Convocatoria 001 de 2005, fue remitida al Presidente de la Comisión el 14 de septiembre de 2010, sin que a la fecha se hubiese notificado respuesta alguna.

En vista de lo anterior, ordenó al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil que, en el término de 48 horas, diera respuesta a la solicitud de la demandante.

El fallo denegó las demás pretensiones de la acción.

IV. LA IMPUGNACION.

Adujo la actora que el Ministerio de Educación vulneró su derecho al debido proceso, porque no ha efectuado la solicitud formal a la CNSC, sobre la autorización para el uso de las listas de elegibles de la entidad y listas de elegibles generales, para proveer vacantes definitivas de empleos equivalentes en denominación, código y grado, que cumplen las mismas funciones y tienen los mismos requisitos de aquel para el cual ella se encuentra inscrita.

Destacó que en la entidad sí hay cargos equivalentes del empleo 41459, según se visualiza en la Resolución N° 055 de 2010, sobre las funciones y requisitos de los nuevos cargos, por lo que debe solicitarse a la CNSC la autorización del uso de la lista de elegibles.

Expuso que el Ministerio recibió autorización de la CNSC, para proveer los cargos de manera temporal, mediante encargo o provisionalidad, contrariando lo dispuesto en el Decreto 4908 de 2007, según el cual el nombramiento provisional procederá de manera excepcional, siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Alegó que si bien es cierto en la lista de elegibles N° 639 figuran 44 personas aspirantes al empleo de profesional especializado 2028-16, no lo es menos que las vacantes a proveer ascienden a 122; luego la expectativa de todos los aspirantes quedaría satisfecha, de producirse el nombramiento de la mencionada lista.

Agregó que no es cierto, como lo afirma la CNSC, que los cargos que se reclaman mediante la presente acción, ya fueron ofertados en la OPEC, porque se trata de 122 cargos nuevos creados en la planta del Ministerio, dentro de los cuales se encuentran cargos de la misma denominación, código y grado de aquel en el cual está inscrita en la lista de elegibles.

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.

Sin embargo, la jurisprudencia tanto de esta Sala como de la Corte Constitucional, ha precisado que durante los procesos de selección puede incurrirse en acciones u omisiones lesivas de derechos fundamentales como el debido proceso, el trabajo y la igualdad que sólo podrían ser restablecidos por medio de la acción de tutela, dada la ineficacia del medio judicial alternativo.

En efecto, la Sección Primera en sentencia de 24 de abril de 2008, expediente No. AC-2008-00018, con ponencia del Consejero Dr. RAFAEL E OSTAU DE LAFONT PIANETA, precisó:

"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 alternativo, 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.

Esto significa que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado. En consecuencia, si dicho medio protege derechos distintos, es viable la acción de tutela en lo que concierne al derecho que el señalado medio no protege, pues para la protección de aquel se entiende que no hay otro procedimiento de defensa que pueda intentarse ante los jueces.

Desde este punto de vista, es necesario que el juez de tutela identifique con absoluta precisión en el caso concreto cuál es el derecho fundamental sujeto a violación o amenaza, para evitar atribuirle equivocadamente una vía de solución legal que no se ajusta, como debería ocurrir, al objetivo constitucional de protección cierta y efectiva (artículos 2, 5 y 86 de la Constitución)".

Teniendo presente la anterior jurisprudencia, y de frente a un supuesto de hecho semejante al que aquí se discute, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-086 de 1999 reiterada en otros pronunciamientos, sostuvo que el único mecanismo idóneo para restaurar eficaz y oportunamente los derechos fundamentales violados en el proceso de selección de un aspirante a un cargo de carrera administrativa proveído por medio de concurso de méritos es la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, (...)"

Por tal motivo, la Sala analizará el fondo del asunto planteado en la presente acción.

Problema jurídico.

Pretende la actora ser nombrada en uno de los cargos de Profesional Especializado 2028-16, que actualmente ocupa en el Ministerio de Educación Nacional, en encargo, con fundamento en que se encuentra inscrita en la lista de elegibles para dicho cargo a proveer mediante la Convocatoria 001 de 2005.

De acuerdo con los planteamientos de la peticionaria, debe la Sala resolver los siguientes interrogantes: i) ¿Cómo debía efectuar el Ministerio de Educación Nacional la provisión de los nuevos cargos creados en la planta de personal?; ii) Tiene derecho la actora a ser nombrada en período de prueba en los nuevos cargos del Ministerio de Educación Nacional?.

Normas de carrera administrativa aplicables al caso concreto.

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 público.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 (literal e) de 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*", la CNSC debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia.

La misma norma en el literal f) contempla también dentro de las funciones de administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil la de "*f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior.*"

Por su parte, el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (abril 21), 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.

7.4. 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."

Ahora bien, mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, de conformidad con el artículo 8° del citado Decreto 1227, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera. La CNSC podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio, lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Sin embargo, la misma norma prevé que el nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

El Acuerdo 150 de 2010 (septiembre 16), de la CNSC "*por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera*", se refiere en el capítulo I del Título II a la conformación y uso de las listas de elegibles, y en el artículo 11 preceptúa:

"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, la CNSC autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del presente Acuerdo."

En cuanto al Banco Nacional de Listas de Elegibles, el citado acuerdo, en el artículo 20, indica que se conforma de:

1. Listas de elegibles de la 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 a los parámetros establecidos en cada convocatoria.

Para el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, preceptúa el artículo 22 ídem:

"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, la CNSC, aplicando la definición de empleo equivalente establecida en el numeral 8°, artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar."

"Artículo 3°. Definiciones. Para la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo se establecen las siguientes definiciones:

(...)

8°. Empleo equivalente. Se entiende que un empleo es equivalente a otro cuando tiene la misma denominación, código y grado, cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, y para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares."

Para la provisión de vacantes definitivas, la CNSC debe verificar si dentro de las listas de elegibles conformadas para la entidad solicitante existe alguna conformada para empleos iguales o equivalentes. En caso de que existan listas de elegibles para empleos equivalentes en la misma entidad, la CNSC utiliza dicha lista en estricto orden de mérito; en caso contrario, aprueba el uso de las listas generales de elegibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 ídem:

"Artículo 23. Uso de listas generales de elegibles. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la CNSC verifique que con la aplicación del criterio establecido en el artículo anterior no fue posible realizarla, se procederá al uso de las listas generales de elegibles, a través del mecanismo de postulaciones.

Parágrafo. El uso de listas generales de elegibles se realizará de manera exclusiva por el mecanismo de postulaciones, salvo que pueda proveerse con algunos de los numerales que anteceden en el orden de provisión establecido por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005"

El mecanismo de postulación al que hace referencia la norma, se utiliza para el uso de las listas generales que conforman el Banco Nacional de Listas de Elegibles, el cual permite a un elegible manifestar su interés de ser nombrado en un empleo diferente al que concursó.

En virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC, para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegible, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.

Caso concreto.

La actora asegura que el Ministerio de Educación Nacional vulneró sus derechos fundamentales, porque solicitó a la CNSC autorización para proveer los nuevos cargos de la entidad de manera temporal, mediante encargo o provisionalidad, contrariando lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1 del Decreto 4968 de 2007, esto es, que el nombramiento provisional procede de manera excepcional, siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

En su caso, afirma que existe una lista de elegibles vigente, en la cual está incluida para proveer un empleo equivalente al que reclama, por medio de la tutela. Por tanto, al existir 122 cargos nuevos de profesional especializado 2028-16, que aún no han sido ofertados, tiene derecho, al igual que los otros 44 elegibles, a ser nombrada en período de prueba, según las reglas del concurso.

La CNSC, por su parte, indicó que en la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC del Ministerio de Educación, no existen otros empleos 41459 que pudieran ser provistos por la lista de elegibles. En cumplimiento al auto de pruebas dictado en esta instancia (diciembre 6 de 2010), la CNSC remitió el Oficio 034272 de 22 de diciembre, en el que informó que no era posible hacer uso de las listas de elegibles que solicita la demandante, porque entre los empleos ofertados por la entidad para la Convocatoria 001 de 2005 y los creados por el Decreto 5013 de 2009 no existe igualdad o similitud (folio 183).

Así las cosas, con la finalidad de determinar si los nombramientos de los cargos creados en la nueva planta de personal del Ministerio de Educación Nacional, debían hacerse por encargo, o mediante el uso de la lista de elegibles vigente, deberá la Sala analizar si el cargo en el cual se encuentra inscrita la actora en la Lista de Elegibles de la Convocatoria 001 de 2005, es equivalente, en los términos señalados en la normativa analizada, a uno de los cargos creados en la planta de personal del Ministerio de Educación, mediante los Decretos 5012 y 5013 de 2009.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se tiene que:

- La CNSC expidió la Resolución 639 de 2008 (6 de noviembre), por medio de la cual conformó la lista de elegibles para proveer empleos de carrera del Ministerio de Educación Nacional, a través de la Convocatoria 001 de 2005. En virtud de la citada Resolución, la actora quedó inscrita en el segundo lugar para proveer el empleo 41459 profesional especializado 2028-16, tal y como consta en la siguiente gráfica que aparece a folio 26 del expediente:



- Mediante Decretos 5012 y 5013 de 2009 (diciembre 28), se modificó la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional. (Folio 44).

- Entre los cargos creados se encuentran 122 empleos de Profesional Especializado Código 2028, grado 16.

- Para proveer los nuevos cargos, el Ministerio de Educación Nacional, mediante oficio 2010EE1840 de 14 de enero de 2010, solicitó a la CNSC autorización para proveer cargos de la planta de personal, por encargo o por provisionalidad.

- En Oficio 0-1491 de 21 de enero de 2010 (folio 70), la CNSC autorizó la provisión de los cargos creados mediante los Decretos 5012 y 5013 de 2009, por un término no superior a seis meses.

- La actora fue nombrada por encargo, para ocupar durante seis meses uno de los cargos de profesional especializado 2028 grado 16 (Resolución 424/10). (Folio 50).

- Mediante Resolución 6752 de 2010 (agosto 5) el Ministerio prorrogó el encargo, por seis meses (folio 50), en virtud de la autorización dada por

la CNSC en los Oficios 31831 de agosto 6 de 2010 y 31607 de agosto 5 de 2010.

Para determinar la equivalencia de los cargos a proveer en la nueva planta del Ministerio, con el cargo en el cual se encuentra inscrita la demandante, la Magistrada Ponente, mediante auto de 6 de diciembre de 2010, ofició al Ministerio de Educación Nacional, para que remitiera: a) Copia de la hoja de vida de la demandante; b) Copia del manual de funciones y competencias, así como clasificación del eje temático del empleo 41459 (profesional especializado 2028-16) de la Convocatoria 001 de 2005; c) Copia del manual de funciones y competencias, así como clasificación del eje temático del cargo profesional especializado Código 2028, grado 16, creado mediante el Decreto 5013 de 28 de diciembre de 2009; d) Copia del Oficio N° 1188, mediante el cual el Ministerio de Educación solicita autorización para proveer por encargo o nombramiento provisional los empleos creados en la planta de personal, a través de los Decretos 5012 y 5013 de 28 de diciembre de 2008; e) Copia de la respuesta (con datos adjuntos) al oficio enviado mediante correo electrónico el 18 de enero de 2010, por María Alejandra Villegas (funcionaria del Equipo de Lista de Elegibles de la CNSC) a Nancy Yolima Espinosa Villa (de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Educación), donde requiere información para la provisión de los empleos solicitada mediante radicado 1188; f) Copia de la respuesta al oficio N° 0-01491 de 21 de enero de 2010, donde la CNSC solicita información sobre los empleos a proveer en la planta del Ministerio, específicamente si fueron reportados y ofertados en la OPEC y en qué fecha.

El Ministerio de Educación Nacional dio respuesta mediante memorial presentado en la Secretaría General del Consejo de Estado el 24 de enero de 2011, visible a folios 384 y siguientes.

Equivalencia de los cargos.

1. Decreto 5013 de 2009: Profesional Especializado, Código 2028-16.

Del manual de funciones de la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional (Resolución 070 de 16 de enero de 2007, modificada por la Resolución 55 de 13 de enero de 2010), se observan las siguientes características, para el empleo 2028-16:

II. PROPOSITO PRINCIPAL

Establecer en la Subdirección la formulación, diseño, organización, ejecución y control de estrategias de asistencia técnica a las secretarías de educación que permitan la reorganización institucional.

III. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES

SUBDIRECCION DE APOYO INSTITUCIONAL

1. Interactuar con las secretarías de educación para la identificación, priorización de las necesidades de asistencia técnica de cada entidad en el tema de reorganización institucional.

2. Orientar la realización de estudios y análisis que permitan tener conocimiento del estado de la reorganización institucional en las entidades territoriales certificadas.

3. Recomendar acciones que permitan la mejora en las estrategias implementadas por el Ministerio de Educación Nacional para la asistencia técnica a las entidades territoriales en temas relacionados con la reorganización institucional.

4. Gestionar y adelantar acciones de asistencia técnica que permitan la reorganización institucional en las entidades territoriales certificadas.

5. Elaborar los informes de monitoreo y seguimiento de las acciones desarrolladas en los temas asignados.

6. Procesar, analizar y mantener actualizada información generada en desarrollo de las acciones que permitan mejoras en la reorganización institucional en las entidades territoriales certificadas.

VI. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA

Estudios	Experiencia
Título profesional en Economía, Administración Pública, Administración de Empresas, Ingeniería Industrial, Licenciaturas.	Diecinueve (19) meses de experiencia profesional relacionada.
Título de Postgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del cargo. Tarjeta Profesional en los casos reglamentados por la ley	

II. PROPOSITO PRINCIPAL

Responder por el manejo de los archivos de gestión y por el archivo central del Ministerio de Educación Nacional cumpliendo con los lineamientos institucionales y la normatividad del Archivo General de la Nación, así como cumplir con la administración de entrada y salida de correspondencia.

III. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES

UNIDAD DE ATENCION AL CIUDADANO

Funciones	<u>Controlar el recibo y radicación de correspondencia en cada una de las dependencias, mediante el sistema de información implementado en el Ministerio.</u> <u>Coordinar la salida tanto interna como externa de correspondencia de documentos enviados a entes externos o a dependencias del MEN.</u> <u>Prever el mantenimiento para la adecuada conservación sobre los documentos que ingresan al archivo central, para permitir la preservación de la memoria documental de la entidad.</u> <u>Coordinar el manejo de documentos (textos o material audiovisual) para consulta o préstamo, tanto para usuarios internos como para usuarios externos, para ejercer un adecuado control de devoluciones y una adecuada ubicación.</u> <u>Aplicar las tablas de retención documental con respecto al destino final de los documentos que se encuentren en el archivo central para el estricto manejo de la documentación.</u> <u>Difundir la aplicación de las normas y parámetros que rigen la organización, actualización y contenido del archivo de gestión que se maneja en cada dependencia para una mayor organización en la entidad.</u> <u>Coordinar el control y préstamo de documentos para consulta en las dependencias, con el fin de facilitar el acceso de los servidores a la información, y transferir el archivo de gestión al archivo central.</u>
-----------	--

De lo anterior, destaca la Sala que el empleo para el cual concursó la actora, encuentra equivalencias, en los términos del artículo 3° del Acuerdo 150 de 2010 (septiembre 16), de la CNSC, con otros dos empleos contemplados en las Resoluciones 070 de 2007 (enero 16) y 55 de 2010 (enero 13); esto es, tienen la misma denominación, código y grado; para su desempeño se exigen requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales; y con el empleo del nivel central *Unidad de Atención al Ciudadano*, se cumplen las mismas funciones.

Así las cosas, en el caso concreto le asistía derecho a la actora, al haber ocupado el segundo puesto en la lista de elegibles, de ser nombrada en período de prueba en uno de los 122 cargos creados en la nueva planta de personal, haciendo uso de la lista de elegibles que para ese momento se encontraba vigente.

Sin duda, la provisión de los cargos creados mediante el Decreto 5013 de 2009 que efectuó el Ministerio de Educación Nacional con autorización de la CNSC, vulneró el derecho al debido proceso de la actora, pues existiendo equivalencia entre el empleo al que ella aspiró en la Convocatoria 001 de 2005 -en la cual ocupó el segundo puesto- y por lo menos 2 de los nuevos empleos, debió hacer uso de la lista de elegibles, según las normas de carrera analizadas en la presente providencia.

El derecho al debido proceso.

El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, con base en criterios de objetividad e imparcialidad, determine el mérito, las capacidades, la preparación, la experiencia y las aptitudes de los aspirantes a un cargo, con el único fin de escoger al mejor, apartándose de toda consideración subjetiva o de influencia de naturaleza política o económica.

Sobre el particular la Corte Constitucional, en sentencia SU-133 de 1998, explicó lo siguiente:

"La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.

Así concebida la carrera, preserva los derechos al trabajo (arts. 25 y 53 C.P.), a la igualdad (art. 13 C.P.) y al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40, numeral 7, C.P.), realiza el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático."

El concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo. Además de los principios que lo inspiran, entre ellos, el mérito, la igualdad en el ingreso, la publicidad y la transparencia, la ejecución de sus reglas debe someterse al estricto cumplimiento del debido proceso y respetar todas y cada una de las garantías que rodean el proceso de

selección.

El resultado de la participación en el concurso de méritos es la lista de elegibles, en la que de manera ordenada se indican las personas que alcanzaron los mejores resultados en las diferentes pruebas realizadas, para acceder a los respectivos cargos. La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como de esta Corporación ha sostenido que la provisión de cargos para la carrera administrativa, debe tener en cuenta el orden establecido en el correspondiente registro de elegibles, so pena de afectar diversos derechos fundamentales.

Ahora bien, es posible que en el marco de un concurso de méritos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, la Administración lesione ciertas garantías y se aparte del debido proceso administrativo, en razón a que, por ejemplo, no efectúa las publicaciones que ordena la ley, no tiene en cuenta el estricto orden de méritos, los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos no gozan de confiabilidad y validez, o no aplica las normas de carrera administrativa, para una situación jurídica concreta.

En el caso particular, las demandadas estaban en la obligación de hacer uso de la lista de elegibles, en la que la actora ocupaba el segundo lugar, por cuanto quien obtuvo el primer lugar (Dora Inés Ojeda Roncacio), ya fue nombrada y posesionada en la vacante, según la afirmación hecha por la Subdirectora de Talento Humano (E) del Ministerio de Educación, en la respuesta al derecho de petición de la demandante, visible a folio 419.

De este modo, frente a la vulneración del debido proceso administrativo, entendido como *"la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley"*, debe el juez de tutela ordenar las medidas que sean pertinentes para reestablecer el derecho conculcado.

En consecuencia, siguiendo los parámetros precisados en la sentencia de 24 de abril de 2008, Consejero Ponente Dr. RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA antes transcritos, se amparará el derecho al debido proceso y al acceso a un cargo público, por mérito, de la ciudadana María Dugley Duque Pulido. Es pertinente aclarar que pese a que la lista de elegibles conformada mediante Resolución 639 de 6 noviembre de 2008, estuvo vigente hasta el 24 de noviembre de 2010, tiene plena aplicabilidad, comoquiera que la petición de amparo se elevó antes de dicha fecha.

La decisión.

En vista de lo anterior, la Sala revocará en su totalidad la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar, amparará el derecho al debido proceso y ordenará al Ministerio de Educación Nacional suspender el procedimiento para proveer los empleos vacantes, hasta tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil efectúe el estudio de equivalencias entre los empleos de la lista de elegibles de la Convocatoria 001 de 2005 (Resolución 639 de 2008) y los cargos creados con posterioridad a la apertura de ésta (Decretos 5012 y 5013 de 2009), para ser provistos de la mencionada lista, conforme a los lineamientos fijados en esta providencia.

Una vez agotado el procedimiento anterior, la CNSC procederá a autorizar el uso de la lista de elegibles (Resolución 639 de 2008), para que el Ministerio efectúe el nombramiento de la actora en uno de los 122 cargos profesional especializado 2028-16, con el cual haya quedado establecida la equivalencia.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia de 19 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Tercera - Subsección A). En su lugar:

AMPARASE el derecho fundamental al debido proceso en el acceso a cargos públicos de carrera administrativa de la ciudadana María Dugley Duque Pulido.

SEGUNDO: ORDENASE al Ministerio de Educación Nacional, en un término de 48 horas, suspender el procedimiento para proveer los empleos vacantes, hasta tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil efectúe el estudio de equivalencias entre los empleos de la lista de elegibles de la Convocatoria 001 de 2005 (Resolución 639 de 2008) y los cargos creados con posterioridad a la apertura de ésta (Decretos 5012 y 5013 de 2009), para, de ser procedente, ser provistos de la mencionada lista, conforme a los lineamientos fijados en esta providencia.

TERCERO: ORDENASE a la Comisión Nacional del Servicio Civil que dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, efectúe el estudio al que se refiere el numeral anterior, y posteriormente, proceda a autorizar el uso de la lista de elegibles de la Resolución 639 de 2008, para que el Ministerio de Educación efectúe el nombramiento de la actora en uno de los 122 cargos de profesional especializado 2028-16, con el cual haya quedado establecida la equivalencia. Como el plazo para el cumplimiento de la orden supera la provisionalidad del cargo de la demandante (7 de febrero de 2011), su actual encargo deberá prorrogarse con autorización de la CNSC, hasta que se produzca su nombramiento en período de prueba.

CUARTO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión del día 17 de febrero de 2011.

RAFAEL E. OSTA DE LAFONT PIANETA
Presidente
MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de abril de 2008, proferida en el proceso N° AC-2008-00018-01. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

2 Corte Constitucional, sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

3 Corte Constitucional. Sentencias T -514 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T - 522 de 2005 M.P. Rodrigo escobar Gil, T - 969 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 Ley 909 de 2004, artículo 27.

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

6 Mediante la cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por Concurso abierto de méritos los Empleos de Carrera Administrativa de las Entidades y Organismos del Orden Nacional y Territorial regidas por la ley 909 de 2004.

7 Lo anterior, con fundamento en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, que preceptúa: *Artículo 24. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.*

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-1110 de 2003.

9 Estipula el artículo 29 de la Constitución Política: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

10 Véase, entre otras, las sentencias T-467 de 1995, T-238 de 1996 y T-982 de 2004.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 01:11:41