

## Sentencia T-294/11

### DERECHO DE ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA-Procedencia de la acción de tutela

En armonía con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y en relación con situaciones jurídicas referidas a la aplicación de la lista de elegibles y las correspondientes designaciones en empleos públicos, esta Corporación ha analizado las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo y ha establecido sus alcances en materia de restablecimiento de los derechos fundamentales de quien no es designado en el cargo al que aspira, y ha concluido que la acción de tutela se erige en un procedimiento eficaz con que cuenta el afectado, para que el nominador atienda el resultado del concurso y realice la designación atendiendo la conformación de la Lista de Elegibles, teniendo en cuenta que los mecanismos ordinarios no resultan lo suficientemente eficaces, en razón del tiempo que dura un proceso tramitado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que permite la expiración de la vigencia de las listas de elegibles, entre otras razones. Por tanto, ha establecido esta Corte, que la acción de tutela es un medio idóneo para garantizar los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, así como el acceso a los cargos públicos, y asegurar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución, cuando se presentan situaciones en que los nominadores se niegan a proveer cargos de carrera administrativa, atendiendo al resultado de los concursos de méritos.

### REGIMEN DE CARRERA Y EL PRINCIPIO DE CONCURSO DE MERITOS-Evolución jurisprudencial

Al analizar la carrera administrativa y el principio de concurso de méritos para el acceso a la carrera administrativa, consagrado en el artículo 125 de la Carta Política, la Corte ha hecho un recuento de la evolución histórica y normativa de este principio, valor y derecho en nuestro ordenamiento jurídico, evolución que ha sido prolongada y progresiva hasta la consagración de la carrera administrativa y el principio meritocrático en la Constitución de 1991. La Corte se ha pronunciado sobre disposiciones legales que fijan excepciones para la carrera administrativa y el acceso a los empleos públicos a través de concurso abierto y público de méritos, y en punto a este tema ha insistido en el carácter de regla general que le corresponde a la carrera administrativa y en las limitaciones del Legislador para regular esta materia, al punto que haga nugatoria la regla general y se invierta la relación normativa y el orden constitucional, de tal manera que la regla general de la carrera pase a ser la

excepción, y la excepción la regla, lo cual trae aparejado discriminaciones injustificadas, irracionales o desproporcionadas. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha reiterado ampliamente que la carrera administrativa se fundamenta exclusivamente en el principio del mérito, que constituye, al igual que la carrera, la regla general para acceder a la misma. Por tanto, ha puesto de relieve que el principio del mérito constituye el criterio o factor definitorio para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público, de

conformidad con el artículo 125 Superior. Esto significa entonces, que el mérito, es la condición esencial para el ingreso, permanencia y la promoción en la función pública, y que le corresponde al Legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente, señalando el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como las causales de retiro del servicio oficial, para lo cual goza de un amplio margen de configuración dentro de los límites que impone la carrera como principio del ordenamiento superior y el marco constitucional fijado para desarrollar este criterio que ha sido determinado por la jurisprudencia constitucional.

CONCURSO DE MERITOS-Mecanismo para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público/CONCURSO DE MERITOS-Una vez agotadas las etapas, se debe conformar la lista de elegibles en estricto orden de méritos

En armonía con la regla de la carrera administrativa y el principio de méritos para acceder a ella, esta Corporación ha insistido en que su materialización es posible a través del mecanismo del concurso abierto y público, diseñado precisamente con el fin de establecer el mérito para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público, a través de un proceso de selección que fije criterios objetivos para la determinación de las calidades académicas, la experiencia, las capacidades, competencias y la idoneidad de los aspirantes para el desempeño de las funciones públicas y responsabilidades exigidas por el cargo público y, de este modo evitar otro tipo de criterios sospechosos, subjetivos o irracionales que den lugar a discriminaciones o arbitrariedades por parte del nominador. Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que en el concurso se deben fijar claramente y desde un comienzo los criterios a seguir, los trámites, procesos, fases y evaluaciones a llevar a cabo, y los factores a evaluar. En relación con los factores a evaluar, la Corte ha encontrado que es necesario que se evalúen los distintos factores relevantes para el adecuado desempeño de un determinado cargo público, incluyendo factores objetivos y

subjetivos, en este último caso, determinados a través de evaluaciones psicológicas y comportamentales. Todo lo anterior, con el fin de determinar la conformación de la lista de elegibles, de acuerdo con la puntuación obtenida, esto es, en estricto orden de méritos respetando los resultados del concurso, para lograr que el nombramiento recaiga en el candidato que ocupe el primer lugar, y que se siga un estricto orden descendente para la provisión de los cargos.

**PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO-Derecho a ser nombrado quien ocupó el primer lugar**

Culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito, lo cual autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por los concursantes una vez finalizadas todas las etapas del concurso.

**REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Finalidad**

La institucionalización e implementación del régimen de carrera busca garantizar la más alta idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado constitucional de Derecho, como el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, contribuyendo a evitar los vicios del clientelismo, favoritismo y el nepotismo, y contribuyendo así mismo a la modernización y racionalización del Estado. Así mismo, se colige que la regulación relativa a la carrera en la función pública por parte del Legislador ordinario o extraordinario se encuentra limitada por la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público, la garantía de igualdad de oportunidades y la protección de los derechos subjetivos, entre otros valores y principios de origen constitucional que restringen la libertad de configuración en esta materia.

**SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Categorías**

**COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Facultades**

La concentración de la administración y la vigilancia de la misma, la dispuso el Constituyente de 1991, en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art 130 C.N), como ente autónomo y especializado encargado de velar por el cumplimiento del fundamento constitucional de la carrera administrativa. Esta Corporación ha sido unánime al afirmar que la Comisión es responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las carreras que tengan carácter especial.

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Competencia para vigilar y administrar carreras especiales de origen legal

Esta Corporación ha sostenido entonces la clara competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la administración de las carreras especiales de origen legal. Como fundamento de esta interpretación ha encontrado la Corte la consagración de la carrera administrativa como regla general -art. 125 CN- y la asignación a la Comisión Nacional de su administración y vigilancia, razón por la cual la exclusión de competencia contenida en el mismo artículo 125 Superior sólo puede interpretarse con un alcance excepcional y de manera restrictiva respecto de las carreras administrativas especiales de orden constitucional, quedando por tanto las carreras administrativas especiales de orden legal bajo la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En este mismo sentido, ha encontrado esta Corte que el artículo 130 Superior se refiere a la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil desde dos aspectos puntuales: (i) el primero, hace referencia a la competencia de la Comisión respecto de “las carreras de los servidores públicos”, disposición que tiene un alcance general, razón por la cual no se agota en la carrera administrativa general sino que se proyecta sobre otras carreras especiales, excepción hecha de las carreras especiales por voluntad del constituyente. El segundo aspecto, hace referencia a que las funciones asignadas a la Comisión para administrar y vigilar las carreras son indivisibles, razón por la cual dichas atribuciones no pueden compartirse o radicarse en otros organismos por voluntad del legislador.

APLICACION DE LA LISTA DE ELEGIBLES-Jurisprudencia constitucional/NOMINADOR-Obligación de proveer los cargos de carrera con el primero de la lista de elegibles

La Corte en amplia y reiterada jurisprudencia se ha pronunciado sobre la obligación del nominador de proveer los cargos para los cuales se abrió el concurso público con el aspirante

que ocupó el primer lugar y en orden descendente, en razón a que es una obligación nombrar en propiedad a quienes han superado un concurso público de méritos, en virtud del artículo 125 Superior, del cual se sigue que la regla general que rige el ingreso a la carrera administrativa es el concurso público de méritos. De allí que la jurisprudencia constitucional haya sostenido de manera unánime que no se trata de una facultad de la administración y del nominador, sino de un deber de nombrar en propiedad a quienes han superado el mencionado concurso, de conformidad con su ubicación en la respectiva lista de elegibles, comenzando por quien obtuvo el primer lugar y siguiendo en orden descendente. La jurisprudencia constitucional ha enfatizado, que cuando el nominador no respeta o no aplica la lista de elegibles, en estricto orden descendente, de manera que el nombramiento recaiga en quien haya obtenido el mayor puntaje o en quien encabece la lista, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. La Sala insiste en la regla jurisprudencial según la cual los nominadores se encuentran constitucionalmente obligados a designar al aspirante mejor calificado y a motivar su decisión, si deciden excluir a quien habiendo demostrado méritos suficientes para acceder a un cargo de carrera, con el cumplimiento de los requisitos legales sobre concurso, no obtiene la designación.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Efectos de sentencia C-588 de 2009 respecto a la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008

CONCURSO DE MERITOS-Orden a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que la accionante continúe en el concurso

Referencia: expediente T-2.852.368

Acción de tutela instaurada por: Elvira Liliana Hernández Libreros, en contra de la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil once (2011)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, LUIS

ERNESTO VARGAS SILVA, MARIA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

Elvira Liliana Hernández Libreros interpuso acción de tutela en contra de la Comisión Nacional de Servicio Civil, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, presuntamente vulnerados por la entidad demandada. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "D", a quien correspondió conocer la acción de tutela en primera instancia, el 24 de junio de 2010, admitió la demanda y vinculó al proceso a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

#### 1. Hechos

Los hechos que sirven de fundamento a la presente acción son los siguientes:

1.1 Mediante Convocatoria Pública N° 06-2003 la accionante ingresó a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y fue nombrada mediante Resolución N° 380 de 13 de agosto de 2003.

1.2 La Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento de la Resolución N° 171 de 5 de diciembre de 2005, convocó 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 regidos por la Ley 909 de 2004. Dentro de las fechas señaladas la accionante adquirió el PIN correspondiente y se inscribió el 6 de marzo de 2006.

1.3 La Comisión Nacional del Servicio Civil citó a pruebas de competencias funcionales y comportamentales el 4 de diciembre de 2008, pruebas que presentó la accionante, agotando todas las etapas del concurso.

1.4 El 26 de diciembre de 2008 el Congreso de la República expidió el Acto Legislativo No. 01

de 2008, con el objeto de adicionar un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política, mediante el cual se implementan los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la ley 909 de 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes en forma definitiva en calidad de provisionales.

1.5 La Comisión Nacional del Servicio Civil conformó la lista de elegibles para proveer el empleo OPEC señalado con el código No. 41923, mediante Resolución No. 394 de 2009, calendada el 30 de junio de 2009, lista de la cual hace parte la actora en el segundo lugar.

1.6 El 16 de diciembre de 2009, mediante Oficio N° 3-2009-39748 la accionante le solicitó a la Subdirectora de Talento Humano de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., hacer uso de la lista de elegibles conformada en el artículo 14 de la Resolución 394 de 2009, para proveer el segundo empleo N° 41923, teniendo en cuenta que se habían ofertado dos cargos y ocupó el segundo lugar.

1.7 Mediante Oficio de 29 de diciembre de 2009, la Subdirectora de Talento Humano de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., manifestó que la Secretaría General subió dos cargos a la oferta pública de empleos de la Comisión Nacional de Servicio Civil de Profesional 213

Especializado Código 222 Grado 27, identificados con el N° 41923, con el fin de que dicha entidad autorizara el uso de la lista de elegibles y trasladara la solicitud a la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitud que no fue contestada.

1.8 El 22 de febrero de 2010, mediante comunicación 2-2010-7069, la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. solicitó nuevamente a la Comisión Nacional de Servicio Civil, autorizar el uso de la lista de elegibles, por cuanto ya se había nombrado a la elegible que ocupó el primer lugar y faltaba nombrar el segundo lugar, como quiera que eran dos empleos.

1.9 El 13 de abril de 2010 la Comisión Nacional del Servicio Civil le comunicó a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. que “el empleo del cual solicita autorización para realizar nombramiento haciendo uso de lista de elegibles, deberá ser ofertado en el marco de la Convocatoria 001 de 2005 y hasta tanto no se conforme lista de elegibles para

su provisión o se declare desierto por parte de esta comisión, no se podrá autorizar dicha solicitud.”

1.10 El 16 de abril de 2010 la actora elevó derecho de petición ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para que se le informara las razones jurídicas para no utilizar la lista de elegibles conformada a través de la Resolución 394 de 2009.

1.11 Finalmente, el 4 de junio de 2010 la Comisión Nacional del Servicio Civil volvió a ofertar el empleo N° 41923.

## 2. Solicitud de tutela

Demanda la parte actora lo siguiente:

“1. Se declare que la Comisión Nacional del Servicio Civil violó mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos así como el principio de la buena fe, porque una vez agotado con éxito el concurso público de méritos, y hacer parte de la lista de elegibles conformada por el artículo 14 de la Resolución 394 de 2009, y estar inicialmente cobijada por el Acto Legislativo 01 de 2008, la Comisión Nacional del Servicio Civil no aplicó los efectos retroactivos señalados en la sentencia C-588 de 2009 y por el contrario ofertó nuevamente el empleo N° 41923 el 4 de junio de 2010, haciendo caso omiso a la aplicación de la lista elegibles.

2. Solicito la protección a mis derechos fundamentales a la igualdad, trabajo al debido proceso y al acceso a cargos públicos y al principio de la buena fe, ordenando a la Comisión Nacional del Servicio Civil hacer uso de la lista de elegibles conformada por el artículo 14 de la Resolución 394 de 2009, para proveer el empleo N° 41923 de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor, toda vez que se ofertaron dos (2) cargos y ocupé el segundo lugar.

3. Como medida provisional solicito se retire la oferta pública de empleos de la Comisión Nacional del Servicio Civil el empleo N° 41923 del Grupo 1 Etapa 3, el cual fue publicado el 4 de junio de 2010, y la inscripción en el mismo está prevista para el 28 de junio de 2010.”.

## 3. Intervención de las partes demandadas

3.1 El Subdirector Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la

Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, solicitó que se desvincule a la Entidad, en consideración a que no ha vulnerado ningún derecho fundamental y ha realizado todas las gestiones necesarias para suministrar la información tanto a la Comisión Nacional del Servicio Civil como a los funcionarios y ciudadanos interesados en la provisión de los cargos publicados.

3.2 La Asesora Jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil manifestó, frente a la oferta pública de empleos, que el hecho de que se hayan ofertado nuevamente empleos en el Grupo I, Etapa 2, de la aplicación V, de la Fase II, obedece a la declaratoria de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008, por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2009.

La decisión de la Corte fue adoptada en Sala Plena el 27 de agosto de 2009, es decir, fue posterior al inicio de la aplicación I, II y III relacionada con los empleos que ya habían sido ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Expresó la Comisión, que ha sido ajena a las decisiones de orden legal y constitucional que han afectado el transcurrir de la Convocatoria 001 de 2005, pero es su deber garantizar que todos los ciudadanos en condiciones de igualdad puedan acceder a un empleo.

Afirmó la accionada, que con ocasión de la orden proferida por la Corte Constitucional, la Comisión reanudó la convocatoria en relación con los empleos que habían sido excluidos de la misma, para garantizarle los derechos a los aspirantes que en algún momento tuvieron la expectativa legítima de continuar en el concurso, pues aquellos provisionales que se habían inscrito para la Convocatoria 001 de 2005 optaron por no participar en la Fase II con ocasión de la expedición del acto legislativo, luego se entiende que la comisión debía garantizar a estos la participación dentro de la Fase II y por eso se ofertaron los empleos que estaban ocupados con funcionarios en calidad de provisionales, a los cuales los cobijó en un momento determinado el Acto Legislativo 001 de 2008.

La apertura de una nueva convocatoria para el mismo empleo obedece a los traumatismos legales y jurisprudenciales de que ha sido víctima la Convocatoria 01 de 2005 durante todo su desarrollo y al cumplimiento de los principios de igualdad y acceso a la administración de cargos públicos, que no pueden ser desconocidos a todos los provisionales que se encontraron cobijados con el acto legislativo y que con su posterior declaratoria de

inconstitucionalidad se vieron afectados.

Frente al derecho de petición radicado por la actora, señaló que al mismo se dio respuesta mediante Oficio N° 16520, la cual se envió al correo electrónico reportado por ella el 23 de junio de 2010. Además, precisó que de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 909 de 2004, el correo electrónico es una de las formas preferentes de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos.

Finalmente, manifestó que en el presente asunto existe carencia de objeto en relación con la entidad.

## 1. Pruebas relevantes aportadas al proceso

4.1 Copia de derecho de petición, abril de 2010 relacionado con la validez de la lista de elegibles conformada por el artículo 14 de la resolución 0394 de fecha 30 de junio de 2009, enviado a la Comisión Nacional del Servicio Civil por la accionante (folios 1 y 2 cdno. ppal.)

4.2 Copia de oficio remitido por Yasmith del Carmen Bello Garzón Asesora de la Comisión Nacional del Servicio Civil a la Subdirectora de Talento Humano de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (folio 3 cdno. ppal.)

4.3 Copia de oficio remitido por la Subdirectora de Talento Humano de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. a la Asesora de la Comisión Nacional del Servicio Civil, cód. 2211300 (folio 4 cdno. ppal.)

4.4 Impresión del resultado de una consulta en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil (folio 5 cdno. ppal.)

4.5 Copia de oficio remitido por Yasmith del Carmen Bello Garzón Asesora de la Comisión Nacional del Servicio Civil a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (folios 6 y 7 cdno. ppal.)

4.6 Copia de oficio remitido por Yasmith del Carmen Bello Garzón Asesora de la Comisión Nacional del Servicio Civil a la Subdirectora de Talento Humano de la Secretaría General de la

Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (folios 8-10cdno. ppal.)

4.7 Copia de oficio remitido por el Secretario General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. al Comisionado Nacional del Servicio Civil (folio 11 cdno. ppal.)

4.8 Copia de oficio remitido por la subdirectora de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. al Comisionado Nacional del Servicio Civil (folio 12 cdno. ppal.)

4.9 Copia de solicitud elevada por la actora ante el Comisionado Nacional del Servicio Civil, del 17 de diciembre de 2009 (folio 13 cdno. ppal.)

4.10 Copia de memorando para la subdirectora de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (folio 14 cdno. ppal.)

4.11 Copia de la resolución No. 0394 del 30 de junio de 2009, por medio de la cual se conforma la lista de elegibles para proveer el empleo señalado con el número 17968 para la convocatoria 001, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil (folios 15-19 cdno. ppal.)

4.12 Impresión de dos páginas de la web de la Comisión Nacional del Servicio Civil (folios 20 y 21cdno. ppal.)

4.13 Copia de la Resolución No. 380 del 13 de agosto de 2003, por la cual se hace el nombramiento provisional de la accionante en el cargo de profesional especializado “Grado 335 Grado 22” de la planta global de empleos, expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (folios 22 y 23 cdno. ppal.)

4.14 Anexos a la contestación del Subdirector Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (folios 41 a 58 cdno. ppal.)

4.15 Anexos a la contestación de la Comisión Nacional de Reparación (folios 67 a 74 cdno. ppal.)

4.16 Anexos remitidos por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (112 a 127 cdno. ppal.)

## II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

## 1. Sentencia de primera instancia

Correspondió conocer de la causa en primera instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", que mediante providencia del ocho (8) de julio de dos mil diez (2010) resolvió negar el amparo de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

Para adoptar tal decisión precisó que la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento del Acto Legislativo 001 de 26 de diciembre de 2008, suspendió los trámites relacionados con el concurso público que se estaba adelantando sobre los cargos ocupados por empleados respecto de los cuales le asistiría el derecho a inscripción automática, lo cual se evidenció para el caso concreto, en la exclusión de la Convocatoria 001 de 2005 de uno de los empleos identificados con el N° 41923, que desempeña la actora en provisionalidad, por consiguiente, la actuación de la Comisión en ese momento estuvo amparada en la reforma constitucional.

Afirmó que la administración continuó el concurso de méritos con aquellos cargos que no se encontraban provistos por servidores públicos que eventualmente tuvieran derecho al beneficio de inscripción extraordinaria y respecto de aquellos se suspendió.

Advirtió el a-quo que la actora siguió participando por el empleo y continuó en concurso al punto que ocupó el segundo lugar, según la lista de elegibles conformada en la Resolución N° 394 de 30 de junio de 2009.

Así mismo, mencionó que la Corte Constitucional declaró inexecutable el Acto Legislativo 001 de 2008, providencia en la cual ordenó reanudar los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y dispuso que quedaban sin valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que con fundamento en ese acto se hubieran realizado.

En conclusión, sostuvo que en ningún momento la Comisión vulneró el derecho al debido proceso de la actora, habida cuenta que su actuación se ajustó a lo ordenado en principio por el Acto Legislativo 001 de 2008 y con posterioridad a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009.

## 1. Impugnación

Inconforme con la decisión anterior, la demandante la impugnó, solicitó que se revocara el fallo proferido en primera instancia y en su lugar se declare que la Comisión vulneró los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al trabajo, debido proceso y buena fe.

Afirmó que la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le están negando el derecho a acceder al cargo público para el cual concursó.

Lo anterior por cuanto desconocen que concursó en calidad de provisional a pesar de la existencia de un Acto Legislativo que posteriormente fue declarado inexecutable, que cumplió con todo el proceso, formando parte de la lista de elegibles conformada en la Resolución 394 de 2009 de la Comisión Nacional del Servicio Civil que está vigente y no ha sido revocada ni modificada por otro acto administrativo.

Sostuvo que con la decisión del Tribunal y de la Comisión se castiga a las personas que culminaron todo el proceso meritocrático al dar cumplimiento a un Acto Legislativo declarado inexecutable. Concluyó que son los concursantes los que están asumiendo las consecuencias de la inexecutable del Acto Legislativo, lo cual no se acepta, pues es la Comisión la que debe asumir las consecuencias por el hecho del mismo.

La actora sostuvo que el Tribunal desconoció que en calidad de provisional prefirió concursar a esperar que saliera el Acto, ya que decidió asumir las consecuencias del concurso y la Comisión no tenía porque excluir el cargo con el argumento de que la iban a inscribir automáticamente, pues ya había terminado todo el proceso con éxito.

## 1. Sentencia de segunda instancia

Revisada la documentación y los argumentos expuestos por las entidades que contestaron la demanda el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Subsección "A", resaltó lo siguiente:

"Como lo señaló el Tribunal en el presente asunto no puede aplicarse la retroactividad de la sentencia como lo propone la actora, esto es, considerando que no se suspendió el concurso respecto del cargo en discusión y por consiguiente que se utilice la lista de elegibles conformada para el cargo en el que siguió el concurso.

Se precisa que los efectos retroactivos, están dirigidos a reanudar los concursos que fueron suspendidos y a disponer que no tienen valor ni efecto las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa que se hayan realizado con fundamento en el mencionado Acto Legislativo.

Comparte la Sala lo expuesto por el a quo cuando señala que no existe vulneración por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil de los derechos fundamentales invocados, en consideración a que los cambios sufridos por la Convocatoria 001 de 2005, se han hecho de conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional y no han afectado de manera particular la situación de la actora, pues la condición en la que se vinculó a la entidad no cambió y actualmente sigue laborando.

Aun cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil no autorizó el uso de la lista de elegibles conformada en el artículo 14 de la Resolución N° 394 de 30 de junio de 2009, para proveer el empleo N° 41923 del segundo cargo, sí lo hizo para proveer el que no fue suspendido y es así como nombró a quien ocupó el primer lugar.

La demandante ocupó el segundo lugar y en ese orden no podía ser nombrada en un cargo que estuvo suspendido o que fue excluido del concurso de méritos en cumplimiento del Acto Legislativo y sobre el que posteriormente se profirió un fallo que reanudó el concurso de méritos.

Por otra parte, se observa que no existen medios probatorios que indiquen que la demandante haya sido víctima de discriminación, pues no demostró dentro del trámite de la acción de tutela que otras personas en su misma situación, hayan recibido un trato diferente, sabido es, que el principio de igualdad ante la ley propende porque los individuos que se hallan en una misma situación reciban un trato igual, lo cual no ocurre en el presente caso.

Por las razones que anteceden y sin necesidad de mayores argumentaciones la Sala CONFIRMARÁ la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto negó la protección de los derechos fundamentales de la señora Elvira Liliana Hernández Libreros.”

Por lo expuesto, el ad quem, a través de providencia del 26 de agosto de 2010, confirmó el fallo impugnado, proferido el 8 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la acción de tutela interpuesta por la señora Elvira Liliana Hernández Libreros.

#### 1. Pruebas recaudadas durante el presente proceso de revisión

El Magistrado Sustanciador, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992, y considerando que para el esclarecimiento del problema jurídico planteado en este asunto de revisión, era necesario que la Comisión Nacional del Servicio Civil absolviera de manera clara y precisa diversos cuestionamientos jurídicos, ordenó a la entidad accionada, mediante auto calendado el ocho (8) de febrero de 2011, responder el siguiente cuestionario:

4.1 “5.1 Qué etapas, fases, procedimientos y pruebas específicas de la Convocatoria No. 01 de 2005, estrictamente en relación con el empleo No. 41923 ahora en discusión, se habían surtido al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008?

En la respuesta allegada a esta Corporación por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la accionada respondió a esta primera pregunta lo siguiente:

“A la fecha de entrada en vigencia del acto legislativo (26 de diciembre de 2008), la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) había ejecutado a través de un Contrato Interadministrativo suscrito con la universidad de Pamplona, las aplicaciones I, II y III de la Convocatoria 001 de 2005.

Frente al empleo identificado con código OPEC 41923, es preciso aclarar que la Alcaldía Mayor, reportó a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) dos (2) vacantes, con fechas de provisión diferentes, por lo que en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo del

artículo 3 del Acuerdo 21 del 10 de abril de 2008, la CNSC ofertó sólo una vacante en la Aplicación II, para la cual se adelantaron todas las etapas dispuestas para la fase II de esta aplicación, específicamente la escogencia del empleo, la verificación del cumplimiento de requisitos mínimos, la aplicación de las pruebas o instrumentos de selección y la publicación de resultados de las mismas, restando la conformación de la lista de elegibles.

Respecto de la otra vacante, los aspirantes a la Convocatoria habían presentado la Prueba Básica General de preselección, pero aún no se ha habido ofertado dicha vacante para su escogencia.”

4.2 Respecto de la segunda pregunta formulada por la Corte en el auto de pruebas: “5.2 En qué momento específico del proceso de la Convocatoria No. 01 de 2005, en qué fecha exacta, y mediante qué acto administrativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil excluyó la oferta del empleo No. 41923 en cuestión?”, la CNSC contestó:

“La Comisión Nacional del Servicio Civil, una vez entró en vigencia el Acto Legislativo 001 de 2008 (26 de diciembre de 2008), suspendió la convocatoria en atención a lo dispuesto por la citada norma (...)

En consecuencia la Comisión en sesión del 31 de enero de 2009 aprobó lo atinente a la naturaleza jurídica, alcances y efectos generales del Acto Legislativo 01 de 2008, a fin de que las entidades reportaran aquellos provisionales que cumplieran las condiciones fijadas por la norma para acceder a inscripción extraordinaria en carrera administrativa.

Así las cosas, la Comisión no excluyó de la oferta el empleo 41923 sino que suspendió todo el proceso de selección de la Convocatoria 01 de 2005 respecto de los empleos cobijados por el acto legislativo.

Es de anotar, que la Comisión continuó con la conformación de listas de elegibles de aquellas vacantes ofertadas en aplicaciones I, II y III.”

4.3 Respecto del tercer cuestionamiento elevado por esta Corporación: “5.3 Qué etapas, fases, procedimientos o pruebas específicas quedaron por surtir desde el momento en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2008 hasta el momento en que la Comisión Nacional del Servicio Civil excluyó el empleo No. 41923 de que trata esta tutela, de la

Convocatoria No. 01 de 2005?”, la CNSC respondió:

“Desde el momento mismo en que entró en vigencia el Acto Legislativo y atendiendo a lo allí señalado, la Comisión suspendió la Convocatoria 001 de 2005, hasta tanto las entidades solicitaran el registro extraordinario en carrera administrativa de sus provisionales en aquellos empleos que hacían parte de la OPEC de la Convocatoria 001 de 2005.

En consecuencia no se adelantaron las siguientes fases: la Oferta del empleo, verificación de requisitos mínimos y la prueba de análisis de antecedentes, para ningún empleo cobijado por el acto legislativo, incluida la vacante del empleo 41923 que quedaba por ofertar.

Sólo con ocasión de la Sentencia C-588 de 2009, mediante la cual la honorable Corte Constitucional declara la inexecutable de dicho Acto Legislativo, se reanudó la convocatoria.”

4.4 En relación con la cuarta pregunta de esta Corte: “5.4 Qué etapas, fases, procedimientos o pruebas específicas se habían surtido y cuáles quedaron por surtir para el caso del empleo No. 41923 ofertado, hasta el momento en que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. 0394 de 30 de junio de 2009, mediante la cual se conformó la lista de elegibles?”, la CNSC afirmó lo siguiente:

“A la fecha de expedición de la Resolución 0394 del 30 de junio de 2009 mediante la cual se conformó lista de elegibles para una vacante del empleo 41923 ofertado en la aplicación II, la convocatoria aún se encontraba suspendida, por lo que la Comisión no había adelantado ninguna de las etapas del proceso de selección de la vacante sin ofertar del empleo 41923, cobijada por el acto legislativo.

Cabe resaltar que sólo cuando se oferta un empleo para su escogencia y cuenta con inscritos comienzan las etapas respecto del mismo, es decir la verificación de requisitos mínimos y la prueba de análisis de antecedentes a fin de conformar la correspondiente lista de elegibles; en este orden de ideas para la vacante sin ofertar del empleo 41923 no se había ofertado ninguna etapa a 30 de junio de 2009.”

4.5 En respuesta al quinto cuestionamiento planteado por esta Corte: “5.5 En qué momento, etapa o fase específica del desarrollo de la Convocatoria No. 01 de 2005, decidió la Comisión

Nacional del Servicio Civil reanudar dicha Convocatoria para el caso concreto del empleo No. 41923 en discusión?”, la CNSC respondió lo siguiente:

“En atención a la Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, (...), [l]a Comisión Nacional del Servicio Civil reinicia el concurso de méritos de los empleos desempeñados por provisionales que eventualmente estuvieron cobijados por el Acto Legislativo, desde el mismo momento en que conoce el fallo de constitucionalidad.”

4.6 El sexto cuestionamiento planteado por la Corte a la Comisión Nacional del Servicio Civil: “5.6 Qué decisiones específicas adoptó la Comisión Nacional del Servicio Civil, y mediante qué actos administrativos, para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia C-588 de 2009, en lo referente al caso específico del empleo No. 41923 ofertado en la Convocatoria No. 01 de 2005?”, fue contestado por la accionada de la siguiente manera:

“La Comisión reinicia el proceso de selección en virtud de la sentencia de la Honorable Corte Constitucional y para ello expide la Circular 48 de 2009, disponiendo en su numeral 5º que antes del 25 de septiembre de 2009, las entidades debían reportar los empleos sobre los cuales los servidores estaban concursando en la Convocatoria 001 de 2005 y que estando habilitados no continuaron en la segunda fase de la misma, por cuanto consideraban que tenían la opción de inscripción extraordinaria en carrera administrativa.

Para el desarrollo de lo anterior, la Comisión diseñó un aplicativo denominado: “Información relacionada con los servidores públicos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008”, que estuvo habilitada hasta el 7 de diciembre de 2009 por disposición de la Circular 054 de 2009, mediante el cual las entidades debían reportar a los servidores con nombramiento provisional que hubiesen estado cobijados por el acto legislativo, junto con el número de empleo OPEC que desempeñaban en provisionalidad, a fin de que esta Comisión pudiese consolidar la Oferta Pública de Empleos de Carrera de cada grupo.

En virtud de lo anterior a partir de la promulgación de la sentencia en mención se reinicia el concurso de méritos para todos los empleos cobijados por el Acto Legislativo, incluyendo la vacante sin ofertar del empleo 41923.

Es preciso en este punto mencionar que para el desarrollo de la segunda fase, la Comisión expidió el Acuerdo 106 de 2009 para el desarrollo de la aplicación V de los empleos de los niveles Asesor y Profesional, estableciendo que la CNSC puede fraccionar la OPEC. En ejecución de lo allí dispuesto se expidió la Resolución 1601 de 2009 en la que se conformaron Tres Grupos a efectos de ofertar la OPEC reportada por las entidades, así: (...)

En virtud de lo anterior, la vacante del empleo 41923 se ofertó en la etapa 3 del Grupo I.”

4.7 Frente al séptimo cuestionamiento de la Corte: “5.7 Porqué razones no autorizó la Comisión Nacional del Servicio Civil la utilización de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 0394 de 2009 para proveer el segundo cargo del empleo No. 41923 de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, tal y como lo solicitó dicha entidad?”, expresó la CNSC:

“Respecto de este interrogante, es necesario indicar que precisamente en virtud de la Sentencia C-588 de 2009 y de la normatividad expedida por la CNSC para ofertar la OPEC, la Comisión debió reanudar el concurso de méritos para la vacante del empleo 41923, atendiendo los principios de igualdad en el ingreso y libre concurrencia, de forma que los provisionales que venían desempeñando los cargos pudieran participar en el concurso de méritos para los cargos que eventualmente estuvieron cobijados por el acto legislativo.”

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Diez, mediante auto del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de la misma, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

#### 2. Problema Jurídico

La Sala de Revisión debe determinar si, en este caso, la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró los derechos fundamentales de la accionante al debido proceso, al trabajo, a la igualdad, al acceso a cargos públicos, así como el principio de la buena fé, al no haber autorizado el uso de la lista de elegibles conformada en el artículo 14 de la Resolución No. 0394 del 30 de junio de 2009, en la cual la actora aparece en segundo lugar, con el fin de proveer el segundo empleo identificado con el No. 41923, dentro de la Convocatoria No. 01 de 2005.

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala tendrá que aclarar la situación jurídica que se presentó para la actora durante el desarrollo de la Convocatoria No. 01 de 2005, a raíz de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2008 y de la posterior sentencia C-588 de 2009, determinando el alcance de la inexecutable declarada del Acto Legislativo y los efectos retroactivos determinados por esa sentencia, en la cual se ordenó que se reanudaran los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieran sido suspendidos, y se decidió que carecían de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hubieran realizado.

Con el fin de esclarecer esta problemática la Sala adoptará el siguiente esquema de resolución: (i) reiterará la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales asociados a la carrera administrativa; (ii) recordará su jurisprudencia en relación con la carrera administrativa, el principio meritocrático y el concurso público de méritos; (iii) se referirá a las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil; (iv) mencionará los criterios y reglas jurisprudenciales fijadas para la aplicación de la lista de elegibles; (v) analizará la situación jurídica planteada por el Acto Legislativo 01 de 2008 y la decisión de inexecutable adoptada por la Corte mediante la sentencia C-588 de 2009; y finalmente (vi) entrará a analizar el caso en concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales asociados al acceso a la carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia

3.1 El artículo 86 de la Carta Política dispone que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales, siempre que no cuente con otro medio judicial de protección y el artículo 6°

del Decreto 2591 de 1991 prevé que la existencia del recurso que enerva la acción de tutela se apreciará en concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

3.2 A partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 el derecho al debido proceso administrativo tiene rango constitucional, por lo que desde ese momento, las trasgresiones a éste, asociadas al acceso a la carrera administrativa, son susceptibles de protección por vía de tutela.

3.4 Por tanto, ha establecido esta Corte, que la acción de tutela es un medio idóneo para garantizar los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, así como el acceso a los cargos públicos, y asegurar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución, cuando se presentan situaciones en que los nominadores se niegan a proveer cargos de carrera administrativa, atendiendo al resultado de los concursos de méritos.

4. El régimen de carrera en el ordenamiento constitucional y sus principios constitucionales básicos.

4.1 La jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Nacional la regla general de la función pública es la carrera administrativa. En este sentido, dispone la Carta Política que “(l)os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

4.2 Al analizar la carrera administrativa y el principio de concurso de méritos para el acceso a la carrera administrativa, consagrado en el artículo 125 de la Carta Política, la Corte ha hecho un recuento de la evolución histórica y normativa de este principio, valor y derecho en nuestro ordenamiento jurídico,<sup>2</sup> evolución que ha sido prolongada y progresiva hasta la consagración de la carrera administrativa y el principio meritocrático en la Constitución de 1991.

Así a partir de la Constitución de 1991 y de la consagración de la carrera administrativa y el principio de concurso de méritos para acceder a ésta, la jurisprudencia constitucional ha

puesto de relieve desde sus inicios que la carrera administrativa y el acceso a esta a través de concurso de méritos constituye la regla general y el mecanismo adecuado e idóneo por excelencia para el manejo racional, eficaz y eficiente de la administración pública y por consiguiente para la plena consecución de sus fines constitucionales, y que los demás mecanismos para acceder a los empleos públicos deben ser de carácter estrictamente excepcional.

4.3 En este sentido, la Corte se ha pronunciado sobre disposiciones legales que fijan excepciones para la carrera administrativa y el acceso a los empleos públicos a través de concurso abierto y público de méritos, y en punto a este tema ha insistido en el carácter de regla general que le corresponde a la carrera administrativa y en las limitaciones del Legislador para regular esta materia, al punto que haga nugatoria la regla general y se invierta la relación normativa y el orden constitucional, de tal manera que la regla general de la carrera pase a ser la excepción, y la excepción la regla, lo cual trae aparejado discriminaciones injustificadas, irracionales o desproporcionadas.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha reiterado ampliamente que la carrera administrativa se fundamenta exclusivamente en el principio del mérito, que constituye, al igual que la carrera, la regla general para acceder a la misma. Por tanto, ha puesto de relieve que el principio del mérito constituye el criterio o factor definitorio para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público, de conformidad con el artículo 125 Superior.

Esto significa entonces, que el mérito, es la condición esencial para el ingreso, permanencia y la promoción en la función pública, y que le corresponde al Legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente, señalando el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como las causales de retiro del servicio oficial, para lo cual goza de un amplio margen de configuración dentro de los límites que impone la carrera como principio del ordenamiento superior y el marco constitucional fijado para desarrollar este criterio que ha sido determinado por la jurisprudencia constitucional.<sup>3</sup>

4.4 De otra parte, el artículo 125 prevé como excepción al régimen de carrera los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los

demás que determine la ley. En este último caso prevé la norma superior una facultad para el Legislador, en el sentido de poder determinar qué otros empleos se rigen por un sistema distinto al de carrera administrativa, facultad que la jurisprudencia constitucional ha determinado de estricta interpretación restrictiva, en cuanto con ella el Legislador no se encuentra facultado para desnaturalizar la regla general que es el sistema de carrera administrativa para la función pública.<sup>4</sup>

4.5 En armonía con la regla de la carrera administrativa y el principio de méritos para acceder a ella, esta Corporación ha insistido en que su materialización es posible a través del mecanismo del concurso abierto y público, diseñado precisamente con el fin de establecer el mérito para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público, a través de un proceso de selección que fije criterios objetivos para la determinación de las calidades académicas, la experiencia, las capacidades, competencias y la idoneidad de los aspirantes para el desempeño de las funciones públicas y responsabilidades exigidas por el cargo público y, de este modo evitar otro tipo de criterios sospechosos, subjetivos o irracionales que den lugar a discriminaciones o arbitrariedades por parte del nominador.<sup>5</sup>

Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que en el concurso se deben fijar claramente y desde un comienzo los criterios a seguir, los trámites, procesos, fases y evaluaciones a llevar a cabo, y los factores a evaluar. En relación con los factores a evaluar, la Corte ha encontrado que es necesario que se evalúen los distintos factores relevantes para el adecuado desempeño de un determinado cargo público, incluyendo factores objetivos y subjetivos, en este último caso, determinados a través de evaluaciones psicológicas y comportamentales. Todo lo anterior, con el fin de determinar la conformación de la lista de elegibles, de acuerdo con la puntuación obtenida, esto es, en estricto orden de méritos respetando los resultados del concurso, para lograr que el nombramiento recaiga en el candidato que ocupe el primer lugar, y que se siga un estricto orden descendente para la provisión de los cargos.<sup>6</sup>

En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito, lo cual autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por

los concursantes una vez finalizadas todas las etapas del concurso.

4.6 De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, es claro que la institucionalización e implementación del régimen de carrera busca garantizar la más alta idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado constitucional de Derecho, como el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, contribuyendo a evitar los vicios del clientelismo, favoritismo y el nepotismo, y contribuyendo así mismo a la modernización y racionalización del Estado.<sup>7</sup>

Así mismo, se colige que la regulación relativa a la carrera en la función pública por parte del Legislador ordinario o extraordinario se encuentra limitada por la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público, la garantía de igualdad de oportunidades y la protección de los derechos subjetivos, entre otros valores y principios de origen constitucional que restringen la libertad de configuración en esta materia.<sup>8</sup>

4.7 Reitera por tanto esta Sala, que dentro del marco del estado constitucional de Derecho el principio general, consagrado en el artículo 125 Superior, es la carrera administrativa general, la cual se encuentra orientada por el criterio de mérito y por los principios de igualdad de oportunidades y del respeto de los derechos subjetivos, así como por la búsqueda de la eficiencia y eficacia de la administración pública, lo cual se concreta a través del concurso público de méritos. Adicionalmente, existen también unas carreras especiales de orden constitucional y de orden legal, que deben igualmente ceñirse a los principios constitucionales mencionados. <sup>9</sup>

En suma, insiste la Sala, la regla de carrera administrativa y el principio del mérito y el concurso públicos buscan garantizar el mérito en el acceso a la administración pública y con ello erradicar los criterios subjetivos, irracionales o arbitrarios en el nombramiento en cargos públicos, como principio general tanto para el régimen general como para los regímenes especiales o específicos, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos, y busca garantizar los fines superiores del Estado como la calidad de los funcionarios para desempeñar funciones públicas y con ello garantizar el interés general, la calidad, eficiencia, eficacia, economía como principios rectores de la administración pública.

4.9 Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha concluido que la carrera administrativa constituye el “pilar fundamental de la estructura organizacional del Estado”<sup>10</sup>, como un principio de orden superior orientado a la realización de los más altos principios del Estado social y constitucional de derecho, tales como la igualdad, la transparencia e imparcialidad, eficiencia y eficacia de la administración pública, la prevalencia del interés general, así como la garantía de los derechos al trabajo y todas las garantías laborales, tales como la igualdad de oportunidades, la estabilidad en el empleo, el libre acceso a cargos públicos, y el respeto de los derechos subjetivos mínimos,<sup>11</sup> y ha reconocido que se encuentra asociada intrínsecamente a los derechos a la igualdad, al debido proceso consagrado en el artículo 2912, y a la buena fé y de la confianza legítima, de conformidad con el artículo 83 superior.<sup>13</sup>

4.10 Finalmente, es de mencionar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido, de conformidad con los artículos 125, 130 y 150 de la Carta, que existen tres categorías de sistema de carrera administrativa, que son la carrera administrativa general, y las carreras administrativas especiales de origen constitucional y las carrera administrativas especiales o regímenes especiales de origen legal, conocidas también como “sistemas específicos de carrera administrativa”.<sup>14</sup>

## 5. Las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

5.1 La concentración de la administración y la vigilancia de la misma, la dispuso el Constituyente de 1991, en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art 130 C.N), como ente autónomo y especializado encargado de velar por el cumplimiento del fundamento constitucional de la carrera administrativa.<sup>15</sup>

5.2 En numerosa jurisprudencia esta Corte se ha referido a las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con el artículo 130 Superior y en relación con cada una de las tres categorías de sistema de carrera administrativa existentes. Respecto de las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil y con fundamento en el artículo 130 Superior, esta Corporación ha sido unánime al afirmar que la Comisión es responsable de la

administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las carreras que tengan carácter especial.

Sobre la naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, ha dicho la Corte que: “[e]l artículo 130 de la Carta Política señala que la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos con excepción de las que tienen carácter especial corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil. Al respecto la Corte ha precisado que las carreras especiales a las que alude la norma, pueden tener origen constitucional o legal, y que corresponde a la ley, bien directamente o mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República, establecer su régimen en plena concordancia con los principios constitucionales, así como los órganos encargados de la administración y vigilancia de las mismas.” 16

5.3 Esta Corporación ha sostenido entonces la clara competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la administración de las carreras especiales de origen legal.<sup>17</sup> Como fundamento de esta interpretación ha encontrado la Corte la consagración de la carrera administrativa como regla general –art. 125 CN- y la asignación a la Comisión Nacional de su administración y vigilancia, razón por la cual la exclusión de competencia contenida en el mismo artículo 125 Superior sólo puede interpretarse con un alcance excepcional y de manera restrictiva respecto de las carreras administrativas especiales de orden constitucional, quedando por tanto las carreras administrativas especiales de orden legal bajo la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

5.4 En este mismo sentido, ha encontrado esta Corte que el artículo 130 Superior se refiere a la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil desde dos aspectos puntuales: (i) el primero, hace referencia a la competencia de la Comisión respecto de “las carreras de los servidores públicos”, disposición que tiene un alcance general, razón por la cual no se agota en la carrera administrativa general sino que se proyecta sobre otras carreras especiales, excepción hecha de las carreras especiales por voluntad del constituyente. El segundo aspecto, hace referencia a que las funciones asignadas a la Comisión para administrar y vigilar las carreras son indivisibles, razón por la cual dichas atribuciones no pueden compartirse o radicarse en otros organismos por voluntad del legislador. 18

5.5 Finalmente, la Corte ha encontrado que esta interpretación respecto de la competencia

de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar las carreras especiales de orden legal, es congruente con los principios, valores, derechos, objetivos y propósitos de la Constitución que informan tanto la carrera administrativa como la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el principio de la derivación de las carreras especiales de la carrera administrativa general, y los límites a la configuración regulativa del legislador en relación con las competencias otorgadas por la propia Constitución a la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto una interpretación distinta contrariaría dichos postulados constitucionales esenciales.<sup>19</sup>

## 6. La jurisprudencia constitucional en materia de aplicación de la lista de elegibles

6.1 La Corte en amplia y reiterada jurisprudencia<sup>20</sup> se ha pronunciado sobre la obligación del nominador de proveer los cargos para los cuales se abrió el concurso público con el aspirante que ocupó el primer lugar y en orden descendente, en razón a que es una obligación nombrar en propiedad a quienes han superado un concurso público de méritos, en virtud del artículo 125 Superior, del cual como ya se anotó, se sigue que la regla general que rige el ingreso a la carrera administrativa es el concurso público de méritos. De allí que la jurisprudencia constitucional haya sostenido de manera unánime que no se trata de una facultad de la administración y del nominador, sino de un deber de nombrar en propiedad a quienes han superado el mencionado concurso, de conformidad con su ubicación en la respectiva lista de elegibles, comenzando por quien obtuvo el primer lugar y siguiendo en orden descendente.

6.2 El fundamento de esta posición se encuentra en la regla general de la carrera administrativa y la importancia de los concursos de méritos, en tanto que mecanismos técnicos adecuados para el ingreso a la carrera administrativa. Por esta razón, de manera constante, la Corte ha censurado la adopción de medidas encaminadas a permitir un ingreso automático a la carrera administrativa, por cuanto se quebranta entre otros, los fines esenciales del Estado, los fines de la administración pública, algunos derechos fundamentales y el principio de igualdad de oportunidades.<sup>21</sup>

6.3 En este sentido, la Corte ha reiterado que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo

público en propiedad, ya que no tiene la facultad de decidir si hace nombramientos en propiedad o no de personas que han superado un concurso de méritos, al igual que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, respecto de lo cual la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.<sup>22</sup>

6.4 De otra parte, esta Corporación se ha referido a las listas de elegibles como actos administrativos de contenido particular y concreto, que generan derechos singulares y producen un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto de los destinatarios, que deben respetarse como derechos adquiridos y no pueden ser modificados en sede administrativa.<sup>23</sup> Igualmente, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la naturaleza y las características de la lista de elegibles, como aquella que organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.<sup>24</sup> De otra parte, se ha pronunciado sobre la naturaleza y características de la lista de elegibles, y ha señalado que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido.<sup>25</sup>

6.5 Por lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado, que cuando el nominador no respeta o no aplica la lista de elegibles, en estricto orden descendente, de manera que el nombramiento recaiga en quien haya obtenido el mayor puntaje o en quien encabece la lista, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso.<sup>26</sup>

6.6 En relación con las exclusiones que se realicen en las provisiones de cargos de carrera, en cuyo caso no se utilice el primer puesto y en orden descendente, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el nominador deberá realizar la exclusión del aspirante mejor calificado, mediante resolución motivada y expresa, ya que las razones subjetivas de los nominadores no pueden prevalecer sobre los resultados del concurso de méritos al momento de hacer la designación, lo cual resulta un trato discriminatorio. Estas razones deben ser objetivas, sólidas y explícitas, y el afectado tiene derecho a conocer las objeciones formuladas en su contra y a controvertirlas.<sup>27</sup>

6.7 Ha reiterado la jurisprudencia constitucional, que una vez finalizado el concurso, la

entidad correspondiente debe llevar a cabo los nombramientos en las vacantes puestas a disposición de los participantes -quienes solamente pueden adquirir tal calidad después de cumplir satisfactoriamente los requisitos de inscripción exigidos por la administración-, atendiendo a la lista de elegibles integrada y en el estricto orden por ella establecido, que debe obedecer, indudablemente, al mérito de los participantes.<sup>28</sup>

6.8 Vistas las anteriores consideraciones, no cabe duda de que esta Corte se ha pronunciado en numerosos pronunciamientos, sobre el derecho de quien obtuvo el mejor puntaje en los concursos de méritos i) a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles y ii) ser designado en el cargo.

De lo anterior, la Sala deduce con claridad que el hecho de ocupar el primer puesto en el concurso de méritos apareja, en principio, el derecho a ser nombrado en propiedad en el respectivo cargo público. A este respecto, la Sala reitera que la figura de la carrera - administrativa y judicial - y del concurso de méritos, constituyen una garantía operativa de los derechos fundamentales a la igualdad (CP art. 13 y 40) y al debido proceso (CP art. 29), derechos que se ven realizados con el nombramiento de quien obtuvo la mejor calificación. Así mismo reitera que el acceso de los mejores a los cargos y funciones públicas debe servir para promover los principios de eficiencia, eficacia, imparcialidad, moralidad y publicidad, de que trata el artículo 209 de la Carta. <sup>29</sup>

En síntesis, la Sala insiste en la regla jurisprudencial según la cual los nominadores se encuentran constitucionalmente obligados a designar al aspirante mejor calificado y a motivar su decisión, si deciden excluir a quien habiendo demostrado méritos suficientes para acceder a un cargo de carrera, con el cumplimiento de los requisitos legales sobre concurso, no obtiene la designación.

## 7. El Acto Legislativo 01 de 2008 y la sentencia C-588 de 2009

7.1 El Acto Legislativo No. 01 de 2008 en su artículo 1º determinó adicionar un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, el cual estipulaba que durante un tiempo de tres

(3) años contados a partir de la vigencia de dicho acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementaría los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continuaran desempeñando dichos cargos de carrera. Así mismo determinaba que igual derecho y en las mismas condiciones tendrían los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantaría los trámites respectivos de inscripción.

De otra parte, el Acto Legislativo consagró que mientras se cumpliera este procedimiento, se suspendían todos los trámites relacionados con los concursos públicos que se estuvieran adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asistiera el derecho previsto en el párrafo en cuestión.

El párrafo transitorio estipulaba igualmente que la Comisión Nacional del Servicio Civil debería desarrollar instrumentos de calificación del servicio que midieran de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del Acto Legislativo.

Finalmente determinaba que quedaban exceptuados de esas disposiciones los procesos de selección que se surtieran en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular.

7.2 Mediante la sentencia C-588 de 2009, esta Corporación analizó la constitucionalidad del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, para lo cual adelantó un juicio de sustitución de la Constitución.

7.2.1 En este juicio la Corte determinó como premisa mayor, la garantía de la carrera administrativa como regla general de la carrera administrativa. A este respecto la Corte encontró que “[d]entro de la estructura institucional del Estado colombiano, diseñada por el Constituyente de 1991, la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y,

por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución,” garantía que encontró intrínsecamente relacionada con distintos principios, valores, derechos y contenidos constitucionales, tales como los fines del Estado, la vigencia de algunos derechos fundamentales y el respeto del principio de igualdad. A este respecto, concluyó esta Corporación que “...la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y que su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991”.

7.2.3 Al realizar la comparación la Corte encontró que el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 no modificaba el artículo 125 Superior sino que introducía una excepción al régimen general de carrera administrativa, “pues permite una inscripción en carrera, distinta de la que claramente surge del contenido del artículo 125 superior que, se repite, en cuanto regla general, guía los otros sistemas de carrera, sean especiales o específicos”.

7.2.4 Adicionalmente, determinó que dicha excepción introducida afectaba otros elementos del régimen de carrera contenidos en el artículo 125, como el principio de mérito y el concurso público, que son igualmente reglas generales y componentes esenciales del sistema de carrera administrativa.

Así, estimó la Corte que dicha excepción afectaba los contenidos constitucionales ya mencionados que guardan una estrecha relación con el régimen de carrera administrativa, como los fines del Estado contemplados en el artículo 2º superior y los principios de moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad contenidos en el artículo 209 superior, los cuales guían el desarrollo de la función administrativa, así como los derechos constitucionales fundamentales, principalmente en razón de la inscripción extraordinaria y automática estipulada por el párrafo que se agregaba al artículo 125 de la Constitución, y que vulneraba también el derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 superior y establecía privilegios.

7.2.5 En suma, la Corte encontró que los cambios que introducía el párrafo transitorio propuesto por el Acto Legislativo 01 de 2008 no eran “simples retoques o modificaciones que preservan intacto el eje definidor” que se encuentra contenido en el artículo 125 superior que consagra el régimen de carrera administrativa, el mérito y el concurso público como reglas generales consustanciales a la carrera administrativa, así como los fines del Estado, algunos

derechos fundamentales, y el derecho a la igualdad de oportunidades, los cuales constituyen contenidos constitucionales intrínsecamente ligados a la carrera administrativa, sino que se evidenciaba una verdadera sustitución de este eje sustancial, lo cual se observaba con mayor claridad al no haber sido variado el artículo 125 sino agregado un párrafo transitorio.

A este respecto dijo la Corte: “En suma, el régimen “ordinario” plasmado en el artículo 125 de la Constitución, con vocación de generalidad, y el “extraordinario”, contemplado en el párrafo que se le agrega e inclinado hacia la efectividad del derecho de ingreso automático, no sólo son diferentes, sino que son regímenes totalmente opuestos e inconciliables, cuyas diferencias, perceptibles a través del estudio de ámbitos de validez, tales como el material o el personal, aparecen del todo evidentes e implican que, tratándose de la hipótesis regulada en el párrafo adicionado, no puedan regir, simultáneamente, en el mismo espacio.”

7.2.6 Por tanto, reiteró la Corte su jurisprudencia en el sentido de que el ingreso automático a la carrera administrativa constituía una excepción que quebrantaba o quebraba el orden constitucional<sup>30</sup>, y que el párrafo transitorio que se introducía tenía el efecto, no de modificar el artículo 125 superior, sino de suspender temporalmente algunos contenidos básicos de la Carta.

A este respecto dijo la Corte:

“En efecto, al examinar el ámbito de validez temporal la Corte anticipó que el artículo demandado tenía la consecuencia de suspender algunos aspectos de la Carta y a esa conclusión llegó con fundamento en la simple observación de su tenor literal que adiciona “un párrafo transitorio”, permite la inscripción extraordinaria en carrera “durante un tiempo de tres (3) años” y “mientras se cumpla este procedimiento” suspende “todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo””

7.2.7 La Corte encontró igualmente, que la suspensión de la Constitución que se configuraba con el Acto Legislativo no solo afectaba la regulación de la carrera administrativa contenida en el artículo 125, sino que afecta otros contenidos ya mencionados, tales como los fines del Estado, algunos derechos fundamentales y el derecho a igualdad de oportunidades para

acceder a cargos públicos, a través de modificaciones tácitas de estos contenidos.

7.2.8 Finalmente, se señaló en la sentencia que nos ocupa, que la disposición del Acto Legislativo 01 de 2008 al acudir a la figura de las disposiciones transitorias como técnica normativa utilizada, preveía una disposición por un lapso de tiempo determinado, pero con efectos permanentes, lo cual confirmaba la suspensión de la Constitución, así como la sustitución que, en razón de esa suspensión, se operaba.

Como refuerzo de lo anterior, esta Corporación recordó los precedentes contenidos en las sentencias C-1040 de 2005 y C-551 de 2003, a efectos de sustentar la existencia en el caso del Acto Legislativo 01 de 2008 de una sustitución parcial y temporal de la Constitución, así como la afectación de otros principios constitucionales de orden superior, tales como el de supremacía constitucional y el de separación de poderes, la cláusula de competencia legislativa, la afectación de la pretensión de universalidad que deben tener las reglas y de la competencia de control de constitucionalidad.

7.2.9 De todas las consideraciones vertidas en la sentencia C-588 de 2009 la Corte concluyó que el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 era inconstitucional. Así mismo, esta Corporación decidió otorgar efectos retroactivos a la sentencia, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo analizado tenía como efecto suspender una parte de la Constitución, que constituye uno de los ejes definitorios de la identidad constitucional, y que la sustitución parcial desconocía la integridad de la Carta, cuya guarda es confiada a la Corte Constitucional.

Por lo anterior, la Corte decidió ordenar la reanudación de los concursos suspendidos, sin desmedro del derecho que asistía a quienes venían inscritos en las respectivas convocatorias realizadas antes de expedirse el Acto Legislativo declarado inexecutable, o a quienes en el caso de convocatorias posteriores a su vigencia dejaron de inscribirse, por hacer uso del pretendido derecho a la inscripción extraordinaria. Así mismo, como consecuencia de la inexecutable declarada determinó que carecían de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hubieran realizado.

Así mismo, la Corte precisó que no quedaban sin protección constitucional los derechos de quienes ocupan cargos públicos en provisionalidad, “en el sentido de que, en igualdad de

condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados, ya que, importa precisarlo, no está permitido reemplazar a un trabajador provisional por otro que no haya superado los concursos públicos y abiertos.” En este sentido, recordó que no pueden ser removidos sino mediante resolución motivada y con el lleno de las garantías constitucionales y legales que les asiste, tales como los derechos al debido proceso y derecho de defensa.

“PRIMERO. Declarar INEXEQUIBLE, en su totalidad, el Acto Legislativo No. 01 de 2008, “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”.

SEGUNDO. Esta sentencia tiene efectos retroactivos y, por tal razón, se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado.”

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas pasa la Sala a analizar la situación en concreto que se presenta en el asunto bajo examen, para determinar si se configura o no la vulneración a los derechos fundamentales alegada por la actora.

## 8. Análisis constitucional del caso en concreto

8.1 La demandante afirma que la Comisión Nacional del Servicio Civil le ha vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos, así como el principio de la buena fé. Lo anterior por cuanto presuntamente la accionada ha desconocido que la actora participó y agotó con éxito el concurso público de méritos No. 01 de 2005, en el cual se ofertaron dos (2) empleos No. 41923, así como que la accionante quedó en el segundo lugar en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 394 de 2009. Por lo anterior, la actora considera que la accionante afectó sus derechos en cuando ha hecho caso omiso de la lista de elegibles y de los efectos retroactivos ordenados por la sentencia C-588 de 2009.

En consecuencia, la actora solicita se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil hacer uso de la lista de elegibles conformada en el artículo 14 de la Resolución No. 394 de 2009, en donde ella ocupó el segundo lugar, con el fin de proveer el segundo empleo No. 41923 en la Secretaría General de la Alcaldía Mayor.

8.2 Del análisis de las pruebas allegadas al presente proceso de tutela, la Sala constata lo siguiente:

8.2.1 La Comisión Nacional del Servicio Civil abrió la Convocatoria No. 001 de 2005, concurso al cual se inscribió la actora, el 6 de marzo de 2006, para el cargo de Profesional Especializado Grado 27, Código 222, identificado con el número de empleo OPEC 41923, del cual se ofertaron inicialmente dos (2) empleos.

8.2.2 El Acto Legislativo No. 01 de 2008, del 26 de diciembre de 2008, ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil inscribir de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de entrada en vigencia de publicación de la Ley 909 de 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o encargados del sistema general de carrera. Este Acto Legislativo determinó igualmente, que mientras se surtía el mencionado procedimiento, se suspendieran los trámites relacionados con los concursos públicos que se estuvieren adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asistía el derecho previsto en el mencionado Acto Legislativo.

8.2.3 En aplicación del Acto Legislativo 01 de 2008, la Comisión Nacional del Servicio Civil inició los trámites necesarios para la inscripción extraordinaria y al mismo tiempo suspendió el concurso No. 01 de 2005 respecto de las vacantes o empleos que debían ser provistos por los beneficiarios del Acto Legislativo No. 01 de 2008, dentro de los cuales se encontraba uno de los empleos con código OPEC 41923, ahora en discusión.<sup>31</sup>

8.2.4 Respecto de las demás vacantes que fueron ofertadas mediante la convocatoria No. 01 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil continuo adelantando todas las etapas dispuestas en las aplicaciones I, II y III.<sup>32</sup>

8.2.5 A partir del momento en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2008 la Comisión Nacional del Servicio Civil suspendió en la Fase II la convocatoria para el empleo No. 41923 de que trata esta tutela, de manera que no se adelantaron las fases de oferta del empleo, verificación de requisitos mínimos y la prueba de análisis de antecedentes.<sup>33</sup>

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

De conformidad con lo ordenado en esa sentencia de la Corte, se debían reanudar los concursos suspendidos en virtud del Acto Legislativo 01 de 2008, sin deteriorar los derechos que ostentaban quienes venían inscritos en las respectivas convocatorias realizadas antes de expedirse dicho Acto Legislativo, o a quienes en el caso de convocatorias posteriores a la vigencia del referido acto dejaron de inscribirse, por hacer uso del pretendido derecho a la inscripción extraordinaria.

8.2.7 Por tanto, la Comisión Nacional del Estado Civil, en cumplimiento de la sentencia C-588 de 2009 de agosto 27 de 2009, reanudó el concurso de méritos en relación con los empleos desempeñados por provisionales cuya convocatoria se había suspendido por encontrarse cobijados por el Acto Legislativo 01 de 2008, incluyendo la vacante del empleo OPEC No. 41923.<sup>34</sup>

8.2.8 Así las cosas, la Resolución 0394 del 30 de junio de 2009, conformó lista de elegibles solo para una de las vacantes del empleo OPEC código 41923, ya que para la fecha de expedición de esta resolución, la convocatoria respecto del segundo empleo No. 41923 aún se encontraba suspendida, razón por la cual para esta fecha la Comisión no había adelantado ninguna de las etapas del proceso de selección de la vacante sin ofertar del empleo 41923, cobijada por el acto legislativo y ahora en discusión.<sup>35</sup>

8.2.9 Por otra parte, es de mencionar que en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo 25 de 2008, la Subdirección de Talento Humano de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor

solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización para hacer uso de la lista de elegibles conformada en la Resolución No. 394 de 2009, con el fin de proveer el segundo empleo No. 41923.

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

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

8.3.1 Encuentra la Sala que la lista de elegibles conformada en el artículo 14 de la Resolución No. 394 del 30 de junio de 2009, solo tiene validez, aplicación y vigencia para uno de los empleos OPEC No. 41923, respecto del cual la Comisión Nacional del Servicio Civil continuó hasta el final el concurso público abierto mediante la convocatoria No. 01 de 2005. Por tanto, la lista de elegibles contenida en el artículo 14 de la Resolución No. 394 de 2009, en la cual la actora ocupó el segundo lugar, fue utilizada adecuadamente por la administración para proveer el cargo en cuestión con la persona que ocupó el primer puesto en el concurso de méritos.

8.3.2 En relación con el segundo empleo OPEC No. 41923, ahora en discusión, la Sala evidencia que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en acatamiento a lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2008, suspendió el concurso respecto de este empleo, por tratarse de un cargo cobijado por el derecho a la inscripción automática dispuesto por dicho Acto Legislativo. Por lo tanto, la suspensión por parte de la Comisión del concurso en la Aplicación II de la Convocatoria 01 de 2005, del empleo No. 41923, de que trata esta tutela, estuvo

amparada en su momento por la pretendida reforma constitucional. Respecto de las demás vacantes no cobijadas por el Acto Legislativo 01 de 2008, la Comisión Nacional del Servicio Civil continuó y culminó el concurso de méritos No. 01 de 2005.

8.3.4 Por tanto, encuentra la Sala que las causas por las cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil suspendió la convocatoria respecto del empleo de que trata esta tutela, en la Fase II de la Convocatoria No. 01 de 2005, y posteriormente reanudó el concurso respecto del mismo, tienen un claro fundamento jurídico tanto en las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo 001 de 2008, como posteriormente en las órdenes emitidas en la sentencia C-588 de 2009.

8.3.5 Así las cosas, el hecho de que la Comisión Nacional del Servicio Civil haya nuevamente ofertado el empleo No.41923 en el Grupo I, Etapa 3 de la aplicación V de la Fase II, obedece a que el concurso respecto de este empleo se había suspendido en cumplimiento del Acto Legislativo 01 de 2008 y tuvo necesariamente que reanudarse en atención a lo decidido por esta Corporación mediante la Sentencia C-588 de 2009, que determinó efectos retroactivos y por tanto ordenó la reanudación de los concursos suspendidos en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2008.

En consecuencia, evidencia la Sala que el actuar de la Comisión Nacional del Servicio Civil se ajustó a derecho y no vulneró los derechos fundamentales de la accionada.

8.3.6 En cuanto al alcance de los efectos retroactivos ordenados por la sentencia C-588 de 2009, la Sala encuentra que estos deben determinarse en cada caso en concreto, de manera que si para el momento en que se declaró la inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008, se habían suspendido concursos por cuenta de lo dispuesto en dicho Acto Legislativo, estos concursos suspendidos debían necesariamente reanudarse garantizando los derechos de aquellos que se encontraban inscritos.

En este caso, la Sala comparte los argumentos expuestos tanto por el a-quo como por el ad-quem, en relación con que no es posible aplicar la retroactividad de la sentencia C-588 de 2009 de esta Corte, en el sentido propuesto por la actora, es decir, entendiéndose que el concurso respecto del empleo OPEC No. 41923, ahora en discusión, no se suspendió en la Convocatoria Pública No. 01 de 2005 en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2008, y que por tanto la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 394 de 2009, es aplicable

así mismo para proveer el cargo respecto del cual se suspendió el concurso.

Considera la Sala que esta interpretación no es procedente, toda vez que se ha evidenciado que efectivamente el concurso público No. 01 de 2005 se suspendió respecto del empleo OPEC No. 41923, que nos ocupa, y que en aplicación de los efectos retroactivos ordenados por la sentencia C-588 de 2009, lo que procede es la reanudación de dicho concurso suspendido.

En este sentido, reitera la Sala que los efectos retroactivos determinados por la sentencia C-588 de 2009, imponen la reanudación de los concursos que se hubiesen suspendido y hacen que carezcan de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hubieren realizado, de manera que en este caso no es procedente la interpretación que propone la actora, por cuanto se estaría dando un alcance equivocado a la retroactividad ordenada por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009.

8.3.7 De otra parte, encuentra la Sala que la Comisión Nacional del Servicio Civil no autorizó, con razón, el uso de la lista de elegibles conformada en el artículo 14 de la Resolución No. 394 de 30 de junio de 2009, para proveer el empleo OPEC No. 41923 del segundo cargo, pues el concurso respecto de este empleo se había sido suspendido por virtud del Acto Legislativo 01 de 2008 y se debía reanudar en cumplimiento de la sentencia C-588 de 2009, mientras que sí autorizó, en derecho, el uso de la lista de elegibles con el fin de proveer el cargo del empleo OPEC No. 41923 que no fue suspendido y por tanto se nombró en dicho cargo a quien ocupó el primer lugar en el concurso.

8.3.8 Por todo lo anterior, concluye la Sala que la Comisión Nacional del Servicio Civil no vulneró el derecho al debido proceso de la accionada, por cuanto su actuación se ajustó a lo ordenado en principio por el Acto Legislativo 001 de 2008 y con posterioridad a lo dispuesto por esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009.

Así mismo encuentra que no se vulneró el derecho fundamental de la accionada al trabajo, ya que como se mencionó, la lista de elegibles que se conformó mediante la Resolución No. 0394 del 30 de junio de 2009, se conformó para proveer el empleo No. 41923, respecto del cargo que no fue suspendido y por tanto, se nombró en la vacante definitiva a la persona que

ocupó la primera posición, como correspondía.

En relación con la presunta vulneración del derecho a la igualdad, encuentra la Sala que esta no se configura, por cuando no se evidencia que a personas en las mismas circunstancias de la actora se las hubiese nombrado en un cargo que estuvo suspendido del concurso de méritos en cumplimiento de lo dispuesto en el Acto Legislativo 001 de 2008 y sobre el cual con posterioridad a proferirse la sentencia C-588 de 2009 se haya reanudado el concurso de méritos.

8.3.9 No obstante lo anterior, encuentra la Corte que (i) en aplicación de lo decidido por la sentencia C-588 de 2009, en la cual se ordenó la reanudación de los concursos suspendidos, sin desmedro del derecho que asistía a quienes venían inscritos en las respectivas convocatorias realizadas antes de expedirse el Acto Legislativo declarado inexecutable, o a quienes en el caso de convocatorias posteriores a su vigencia dejaron de inscribirse, por hacer uso del pretendido derecho a la inscripción extraordinaria; y (ii) teniendo en cuenta que la señora Elvira Liliana Hernández Librero se encontraba inscrita en la convocatoria No. 01 de 2005, la cual fue suspendida respecto del empleo No. 41923 de que trata esta tutela, en virtud del Acto Legislativo No. 01 de 2008 y reanudado en cumplimiento de la sentencia C-588 de 2009; esta Sala procederá a proteger el derecho de la accionada a continuar participando en el concurso de méritos para proveer el empleo No. 41923, ahora en discusión.

8.3.10 Con fundamento en lo anterior, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, confirmará parcialmente la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", del Consejo de Estado, calendada el 26 de agosto de 2010, mediante la cual se confirmó el fallo de primera instancia proferido el 8 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto negó las súplicas de la acción de tutela interpuesta por la señora Elvira Liliana Hernández Libreros.

Así mismo, esta Sala revocará parcialmente la sentencia en mención y en su lugar ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que en cumplimiento de lo decidido en la sentencia C-588 de 009, se adopten todos los actos y trámites administrativos necesarios, ha que haya lugar, en un término no superior a treinta (30) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, con el fin de que se garanticen los derechos de la

señora Elvira Liliana Hernández Libreros a participar en el concurso público de méritos para proveer el empleo OPEC No. 41923 de que trata esta tutela, teniendo en cuenta que la actora se encontraba inscrita inicialmente en la Convocatoria No. 01 de 2005, la cual fue suspendida para el empleo en cuestión en virtud del Acto Legislativo 01 de 2008 y posteriormente reanudada en cumplimiento de la sentencia C-588 de 2009.

#### IV. DECISION

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", del Consejo de Estado, calendada el 26 de agosto de 2010, mediante la cual se confirmó el fallo de primera instancia, proferido el 8 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto se negaron las súplicas de la acción de tutela interpuesta por la señora Elvira Liliana Hernández Libreros.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", del Consejo de Estado, calendada el 26 de agosto de 2010, y en su lugar ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en cumplimiento de lo decidido en la sentencia C-588 de 2009, se adopten todos los actos y trámites administrativos necesarios, a que haya lugar, en un término no superior a treinta (30) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, con el fin de que se garanticen los derechos de la señora Elvira Liliana Hernández Libreros a participar en el concurso público de méritos para proveer el empleo OPEC No. 41923 de que trata esta tutela, teniendo en cuenta que la actora se encontraba inscrita inicialmente en la Convocatoria No. 01 de 2005, la cual fue suspendida para el empleo en cuestión en virtud del Acto Legislativo 01 de 2008 y posteriormente reanudada en cumplimiento de la sentencia C-588 de 2009.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Impedimento aceptado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver Sentencia T-101 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell, entre otras.

2 Esta evolución se evidencia desde la Ley 165 de 1938 -art. 4º-, el plebiscito de 1957 en materia de la Carrera Administrativa y del Régimen del Servicio Civil -artículos 5º, 6º y 7º-, la posterior Ley 19 de 1958 que creó el Departamento Administrativo del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública, el Decreto 1732 de 1960, el Decreto 2400 de 1968 - dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por la Ley 65 de 1967, para “modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos”-, el Decreto 2400 reglamentado por el decreto 1950 de 1973, y la Ley 61 de 1987, hasta llegar a la Constitución de 1991. Consultar este recuento histórico y normativo en la sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

3 Sentencia C-963 del 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería. Ver también Sentencias C-746 de 1999, C-370 de 2000, C-1546 de 2000, C-670 de 2001, C-1230 del 2005, entre otras.

4 Sentencia C-1230 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Ver Sentencias C-588 de 2009, SU-913 de 2009 y T-502 de 2010, entre otras.

6 Ver el condicionamiento impuesto por la Corte al artículo 166 del proyecto que luego se convirtió en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, mediante la Sentencia C-041 de 1995. Igualmente consultar la sentencia C-037 de 1996, en donde la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 166 del proyecto que luego se convirtió en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a que el nombramiento debería recaer sobre el candidato que ocupara el primer lugar.

7 Ver Sentencias C-479 de 1992, Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro

Martínez Caballero, C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1079 de 2002 y C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Sentencia C-517 de 2002, ver también C-1230 del 2005.

9 Ver Sentencias C-563 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-954 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentarúa; C-942 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

10 Sentencia C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

11 Sentencia C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también Sentencias C-195 de 1994, C-356 de 1994, C-563 de 2000 y C-1230 del 2005.

12 Ver Sentencia T-502 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, entre otras.

13 Ver Sentencias SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Perez y Sentencia T-502 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, entre otras.

14 Sobre este tema ver las sentencias C-507 de 1995, C-746 de 1999, C-725 de 2000, C-517 de 2002, C-313 de 2003 y C-1230 del 2005.

15 Al respecto consultar la Sentencia C-733 de 2005, entre otras.

16 Ver sentencias C-734 de 2003, reiterado en la Sentencia C-1230 del 2005.

17 Sentencia C-1230 del 2005 y C-175 del 2006, entre otras.

18 Sentencia C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

19 Ibidem

20 Ver sentencias C-040 de 1995, SU-1114 de 2000, T-455 de 2000, C-588 de 2009, SU-913 de 2009, C-319 de 2010, C-181 de 2010, C-319 de 2010, entre otras.

21 Ver Sentencias C-181 de 2010, C-319 de 2010 y C-588 de 2010.

22 Ver sentencia C-319 de 2010, en donde la Corte declaró "EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que cuando se trate de

proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, e INEXEQUIBLE la expresión “o inferior” del mismo artículo.”

23 Al respecto, consultar la sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Perez, en donde la Corte se refirió al tema del mérito como requisito para el ejercicio de la función pública notarial.

24 Ibidem

25 Ver la Sentencia T-455 de 2000, entre otras.

26 Sobre este tema ver las Sentencias C-040 de 1995, C-037 de 1996, SU-133 de 1998, SU-086 de 1999, SU-613 de 2002, T-024 de 2007 y SU-913 de 2009, entre otros pronunciamientos.

27 Ver sentencias T-591 de 1992, T-047 de 1993, C-558 de 1994 y SU-086 de 1999, entre otras.

28 Ver Sentencia T-101 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

29 Consultar la sentencia SU-1114 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

30 Ver sentencias C-317 de 1995, C-037 de 1996, C-942 de 2003, C-901 de 2008 y C-588 de 2009.

32 Ver folios 176-179 del cuaderno principal.

33 Ver folios 176-179 del cuaderno principal.

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

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