

Sentencia T-654/11

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS-Medio de defensa judicial eficaz e idóneo en provisión de cargos de carrera según lista de elegibles

CONSTITUCION POLITICA-Garantiza el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos/CONSTITUCION POLITICA-Empleos en órganos y entidades del Estado son de carrera/CONCURSO PUBLICO-Forma de acceder a cargos de la administración pública

CONSTITUCION POLITICA-Establece criterios para provisión de cargos públicos

REGIMEN DE CARRERA PARA PROVISION DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Objetivos básicos

CONVOCATORIA-Norma reguladora y obligada de todo concurso

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Etapas

LISTA DE ELEGIBLES-Naturaleza

LISTA DE ELEGIBLES-Acto administrativo de carácter particular

La conformación de la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular, cuyo fin es de establecer un orden para proveer los cargos estrictamente ofertados y no otros, lo que obliga a las entidades nominadoras a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas en cada una de las convocatorias o las que se generen durante su vigencia, siempre y cuando se refieran al mismo cargo para el cual se ofertó el concurso en donde el nombramiento debe hacerse en estricto orden de mérito con quienes se encuentren en el primer lugar en la lista. Las plazas que no correspondan a la convocatoria o que con posterioridad resulten vacantes, requerirán de un nuevo concurso.

CONCURSO DE MERITOS PARA ACCESO A CARRERA ADMINISTRATIVA-Administración no puede hacer variaciones por cuanto reglas son inmodificables

ACCION DE TUTELA CONTRA MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Imposibilidad de usar lista de elegibles para proveer cargos por atentar contra principio de libre concurrencia e igualdad en ingreso a carrera administrativa

CONCURSO DE MERITOS PARA ACCEDER A CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN EL MINISTERIO DE EDUCACION-Provisión del único cargo ofertado en convocatoria al nombrar persona que ocupó el primer puesto

Referencia.: expediente T-3.011.183

Acción de tutela presentada por la señora Claudia Rocío Guauque Veloza, contra el Ministerio de Educación Nacional y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside – Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo adoptado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 17 de febrero de 2011 y de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del 10 de diciembre de 2010, proferidos en el asunto de la referencia, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Claudia Rocío Guauque Veloza, contra el Ministerio de Educación Nacional y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1. ANTECEDENTES

La señora Claudia Rocío Guauque Veloza, presentó acción de tutela el día 25 de noviembre de 2010, contra el Ministerio de Educación Nacional y la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, para que se ordene a las entidades accionadas nombrarla en el cargo de profesional especializado código 2028 grado 16 en la nueva planta de personal del Ministerio de Educación Nacional, con base en la convocatoria 001 de 2005 y de conformidad a la lista de elegibles del 19 de diciembre de 2008.

Fundamenta su solicitud en los siguientes:

1. HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

1. Señaló la actora que la Comisión Nacional del Servicio Civil abrió concurso de mérito a través de la convocatoria 001 de 2005 para acceder al cargo de profesional especializado código 2028 grado 16 en la planta del Ministerio de Educación Nacional, para el cual se ofertó una sola plaza.

1. Precisó que el Ministerio de Educación Nacional, mediante Decreto 5013 del 28 de diciembre de 2009, por medio del cual se reestructuró la Entidad, creó nuevos cargos, entre otros, 122 de profesional especializado código 2028 grado 16 dentro de la planta global.

1. Precisó que el Ministerio nombró en encargo a personal de planta y en provisionalidad a personal externo, pese a existir una lista de elegibles vigente para el cargo de profesional especializado código 2028 grado 16, en similares condiciones a las nuevas plazas creadas.

1. Sostiene, que según el artículo 5º del Acuerdo 25 de 2008, el numeral 8 artículo 3º del Acuerdo 150 de 2010 y de la Resolución 811 de 2008, todas expedidas por la CNSC, su cargo es equivalente con otros existentes en la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional.

1. Solicita se ordene al Ministerio de Educación Nacional, reconocerle el derecho preferente a ser nombrada en período de prueba en uno de los cargos de profesional especializado 2028 grado 16, por encontrarse en lista de elegibles dentro de la convocatoria 001 de 2005.

1. PRUEBAS

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Constancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de registro a empleo específico No. 2284 código 2028 grado 16 de la convocatoria 001 de 2005, incluyendo la descripción de las funciones específicas del cargo.

1. Copia de la Resolución 811 de 2008 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, “Por la cual se conforman las listas de elegibles para proveer empleos de carrera del Ministerio de Educación Nacional, convocados a través de la Convocatoria No 01 de 2005” en la que la señora Claudia Rocío Guauque Veloza, ocupó el sexto lugar dentro del concurso para el cargo de profesional especializado 2028 grado 16.

1. Copia del Decreto 5013 de 2009 “por el cual se modifica la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional y se dictan otras disposiciones”.

1. Copia del Acuerdo 025 de julio 18 de 2008, expedido por la CNSC, “Por medio del cual se reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles de los empleos del Sistema General de Carrera Administrativa.”

1. Copia del título profesional de Administrador Educativo.

1. Copia del Decreto 4968 de 2007 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, por medio del cual se modifica el artículo 8º del Decreto 1227 de 2005.

1. Copia del Acuerdo 150 del 16 de septiembre de 2010, expedido por la CNSC, “Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera.”

1. Copia del derecho de petición dirigido por la accionante a la CNSC del 30 de noviembre de 2009, en el cual solicita se informe sobre el procedimiento para acceder a la información de las vacantes después de realizar los nombramientos según lista de elegibles y si existen cargos similares al que ella aplicó.

1. Copia del derecho de petición de la accionante dirigido al MEN del 5 de noviembre de

2010, en el cual solicita se le nombre en un cargo de carrera en período de prueba, teniendo en cuenta que mediante Decreto 5013 del 28 de diciembre de 2009 se reestructuró la planta de personal y creó nuevos cargos equivalentes al que ella aplicó mediante concurso de mérito en la convocatoria 001 de 2005.

1. Copia del derecho de petición de la accionante dirigido al CNSC del 8 de noviembre de 2010, en el cual solicita se utilice la lista de elegibles de la convocatoria 001 de 2005 para el nombramiento en los nuevos cargos vacantes creados de la planta de personal del MEN.

1. Un CD que contiene las equivalencias del empleo 2264 de profesional especializado código 2028 del Ministerio de Educación Nacional para el grado 16 de la convocatoria 001 de 2005 y de los empleos creados por el MEN mediante Decreto 5013 de 2010 y archivo que contiene las listas de elegibles de la convocatoria 001 de 2005.

1. ACTUACIONES PROCESALES.

Mediante auto fechado el 26 de noviembre de 2010, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Laboral, admitió la acción de tutela y dio traslado a la entidad demandada para que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen a la tutela, y ordenó vincular a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante escrito del 2 de diciembre de 2010, manifestó: "... la accionante Claudia Rocío Guauque, se encuentra ubicada en el sexto lugar de la lista de elegibles Resolución 811 de 2008, para el empleo 2284, para el que solamente se ofertó una vacante por parte de la entidad nominadora. Por tal razón como bien correspondía efectuar el nombramiento por parte de la entidad nominadora del primer elegible, esto es del señor Juan Carlos Parra y con ello recomponer la lista, es decir, el segundo elegible pasa al primer lugar y así se va corriendo un puesto, todo esto con relación al empleo para el cual se conformó la lista de elegibles, es decir la señora Claudia Rocío

Guaque ocupa el quinto lugar. (...) El Acuerdo 025 de 2008 al que se refiere la accionante no está vigente en razón a que el mismo fue derogado por el Acuerdo 150 de 2010 ...”

Agrega la accionada que en caso de que fuere procedente la petición, es la entidad nominadora la que realiza la petición ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para lo cual debe ceñirse a lo dispuesto en el Acuerdo 150 de 2010, y que además, solicite el uso de la lista, para que la CNSC realice el estudio técnico a fin de declarar o no su procedencia.

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

Por último, la Comisión Nacional del Servicio Civil transcribe el artículo 7:

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

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

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

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

1. Por su parte el Ministerio de Educación Nacional, mediante escrito del 10 de diciembre de 2010, responde, que en primer lugar se debe aclarar que el Decreto 150 de 2010 derogó el 025 de 2005, fijando un nuevo criterio sobre el concepto de cargo equivalente, señalando

que un empleo es equivalente a otro cuando tiene la misma denominación, código y grado, cuando se tiene asignadas funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares, igualmente establece, que el uso de listas de elegibles sólo es posible cuando el empleo no tenga su propia lista de elegibles.

Igualmente, aclara que los nuevos empleos creados por el Decreto 5013 de 2009, tienen perfiles ocupacionales diferentes y corresponden a nuevas necesidades del Ministerio de Educación Nacional cuya convocatoria corresponde a la Oferta Pública de Empleos de Carrera Administrativa 2284 diseñada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por último agrega que el MEN ha dado aplicación a lo señalado en la Ley 909 de 2004, y ha surtido todas las fases del proceso para proveer las vacantes definitivas, así como el de reportar de ello a la Comisión Nacional del Servicio Civil para su respectiva autorización. Dice que la autorización para la provisión de esos cargos fue comunicada por la CNSC al MEN, a través de oficio No. 2010ER7486 del 29 de enero de 2010, para los cuales la CNSC prepara la convocatoria para crear las propias listas de elegibles.

1. DECISIONES JUDICIALES.

1. Fallo de primera instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, mediante fallo del 10 de diciembre de 2010, amparó el derecho fundamental de la accionante, y ordenó al Ministerio de Educación Nacional a que las vacantes que se produjeron con la expedición del Decreto 5013 de 2009 sean provistas con la lista de elegibles de la convocatoria 001 de 2005 en los cargos de profesional especializado código 2028 grado 16, por cuanto consideró que la accionante superó las pruebas para el cargo, y con la creación de los nuevos puestos de trabajo, la accionada debió utilizar las listas de elegibles disponibles y no realizar nombramientos en provisionalidad como así lo hizo.

1. Salvamento de voto a la decisión de primera instancia.

El salvamento de voto¹ se fundamenta en el hecho de que el Magistrado presidió la Sala que estudió la tutela 2010- 01034 cuya decisión fue tomada el 6 de diciembre de 2010, en la cual se negó el amparo solicitado, adelantada por hechos similares contra el Ministerio de Educación Nacional y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En el presente salvamento de voto se presentaron los siguientes argumentos:

“La finalidad de la convocatoria 001 de 2005 fue proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa por lo que las entidades y organismos del orden nacional y territorial a los que aplica la Ley 909 de 2004, tenían la obligación de reportar todas las vacantes definitivas de acuerdo a los términos y procedimientos previstos por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, no obstante, las normas que regulan el concurso de mérito no establecen herramienta coercitiva alguna para garantizar el cumplimiento de esa obligación.”

Agrega que en circular conjunta, tanto la Procuraduría General de la Nación como la Comisión Nacional del Servicio Civil comunicaron a las entidades que el plazo máximo para el envío de la información para proveer los cargos vacantes definitivos era del 7 de diciembre de 2009, y con la lista que se envió en ese momento “... se consolidó la “OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA y fueron estos los que se ofertaron en diferentes fechas a los concursantes.”

Igualmente argumenta que “EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL creó los 122 empleos que refiere la accionante el 28 de diciembre de 2009 lo cual justifica la no inclusión en la OPEC., pues se crearon después de la fecha límite para que el MINISTERIO reportara los nuevos cargos.”

Concluye que la provisión de los nuevos cargos con listas anteriores atenta contra el principio de la libre concurrencia e igualdad en el ingreso propio de la carrera administrativa, y por ello fue que la CNSC inició los trámites para adelantar un nuevo proceso de selección para lo que cuenta con la autorización y disponibilidad presupuestal.

1. Impugnación del fallo.

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil a través de apoderado, manifiesta su inconformidad con la decisión de primera instancia mediante escrito del 24 de enero de 2011, por cuanto los empleos creados por el Decreto 5013 de 2009 no podían ser provistos con la lista de elegibles de la convocatoria 001 de 2005.

Manifiesta que las entidades nacionales, según lo dispuesto en el artículo 95 del Decreto 1227 de 2005, pueden modernizar o reformar por razones del servicio, su planta de personal, previo concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil. El Ministerio de Educación Nacional mediante Decreto 5012 del 28 de diciembre de 2009, se vio avocado a la creación de una nueva planta de personal.

Indica, que el término máximo que tenían las autoridades para el envío de la información para proveer los cargos vacantes definitivos era del 7 de diciembre de 2009, para surtirlos de acuerdo con la lista de elegibles de la convocatoria 001 de 2005, como en efecto, el Ministerio de Educación Nacional nombró al primero que ocupó el primer lugar.

1. El Ministerio de Educación Nacional mediante escrito del 25 de enero de 2011, presenta impugnación al fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos por esa entidad en el sentido de oposición a las pretensiones.

1. Fallo de segunda instancia.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 17 de febrero de 2011, revocó el fallo de primera instancia y denegó el amparo solicitado, ordenado dejar sin efectos lo dispuesto en ella. Lo anterior al considerar que “I) no existe una vulneración o amenaza cierta sobre los derechos fundamentales de la actora, pues tan solo cuenta con una expectativa para ser nombrada en un cargo, mediada por la posición que ocupó dentro del registro de elegibles; II) el nombramiento en cuestión no ha sido negado por

parte de la accionada, sino que ha sido sometido al procedimiento de designación de funcionarios, en estricto orden de méritos; III) las reglas en virtud de las cuales se estructuró el concurso de méritos y, dentro de ellas, las relativas al número de cargos que iban a ser provistos, constituyen normas de carácter general, impersonal y abstracto, contra las cuales no procede la acción de tutela; IV) no es la tutela el medio para resolver sobre homologación de cargos o requisitos; y, V) no se demostró la existencia de alguna situación grave e insuperable, que amerite la intervención excepcional del juez de tutela.”

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política, y los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

De los antecedentes y pruebas obrantes en el expediente, la Sala de Revisión estudiará en el presente caso si se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, de la señora Claudia Rocío Guauque Veloza, por parte del Ministerio de Educación Nacional y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por no utilizar la lista de elegibles de la convocatoria 001 de 2005, para proveer las vacantes generadas por la ampliación de la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional, autorizadas mediante los Decretos 5012 y 5013 del 28 de diciembre de 2009, que crearon varios cargos de profesional especializado código 2028 grado 16, iguales al cargo por el cual ocupó el sexto lugar en la lista de elegibles antes citada.

Para resolver la controversia, la Sala reiterará la jurisprudencia respecto de los siguientes temas: primero, la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos

administrativos en materia de concursos de méritos; segundo, el régimen de carrera que procede para la provisión de cargos de carrera administrativa; y tercero, se analizará el caso concreto.

1. La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia.

En reiteradas ocasiones, la Corte ha señalado que, conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser aplicado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto², pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.³

En este sentido, en lo referente a los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela, pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el de acceso a los cargos públicos.

En este sentido, esta Corporación en sentencia T-315 de 19984, señaló:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los

que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

En la sentencia SU-133 del 2 de abril de 19985 la Corte señaló que los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección del derecho. Afirmó la referida providencia:

“Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.”

En el mismo sentido la Sentencia T-425 del 26 de abril 20016 se pronunció en los siguientes términos:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación

de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

De otra parte, la Corte en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 20027, reiteró esta posición:

“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

En los mismos términos, en la Sentencia T-484 del 20 de mayo de 20048 la Corte Constitucional concluyó, que si bien la jurisprudencia constitucional ha considerado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera que no fue nombrado en un cargo, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que éste medio de defensa judicial no es eficaz para proteger los derechos involucrados.

Se concluye, entonces, que no existen motivos distintos para variar la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito. Por cuanto que se garantizan no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución.

1. Régimen de carrera que procede para la provisión de cargos de carrera administrativa.

La Constitución Política de 1991 establece en el ordinal 7° del artículo 40, que se garantiza a todo ciudadano el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos⁹ en el mismo sentido el artículo 125 señala “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”. Igualmente, el inciso segundo del citado artículo consagra la regla general del concurso público, como forma de acceder a los cargos de la administración pública.

De esta forma la Norma Superior establece los criterios para la provisión de cargos públicos, que son: el mérito y la calidad de los aspirantes.

En fallo de unificación¹⁰, la misma Corte consideró:

“La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de carrera el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado, en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público (art. 125 C.P.).”

Es preciso tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004¹² en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005¹³, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la CNSC, como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes.

Conforme ha señalado esta Corporación en sentencia C-479 de 1992¹⁴, en relación con el régimen de carrera le permite al Estado “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos”

De igual forma, la Sala Plena de la Corte, en sentencia SU-133 de 1998¹⁵, unificó la doctrina referida a los concursos en los siguientes términos:

“el concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

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

En este sentido esta Corporación en sentencia T-256 del 12 de junio de 2008¹⁶, señaló:

“En sentencia T- 256 de 1995¹⁷, la Corte Constitucional señaló claramente la necesidad de respetar las bases del concurso:

“... Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla.””

Esta Corporación ha indicado que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte, principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1° constitucional.

En sentencia SU-446 del 26 de mayo de 2011¹⁸ señaló:

“Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que “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”¹⁹, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

1. Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera es el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público. En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004²⁰. La sentencia C-040 de 1995²¹ reiterada en la SU-913 de 2009²², explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:

“1. Convocatoria. ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (subrayas fuera de texto).

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

1. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

“Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente” (subrayas fuera de texto).

1. La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”²³

(...)

Respecto a la naturaleza y razón de ser de las listas de elegibles, la citada sentencia señaló:

“La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer con carácter obligatorio para la administración la forma como ha de proveer los cargos que fueron objeto de concurso. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación o integración, la administración, con fundamento en los resultados objetivos de las diversas fases de aquél, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas objeto de convocatoria, de conformidad con las precisas reglas del concurso.

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

Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa la regla del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que dicho acto administrativo le permite a la administración proveer los cargos de carrera que se encuentran vacantes o los que están ocupados en provisionalidad y que fueron ofertados en la respectiva convocatoria a concurso. En términos generales, debemos decirlo, el Estado convoca a un concurso público porque tiene plazas vacantes o ocupadas en provisionalidad que deben ser provistas mediante el sistema de concurso público, pues, tal como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-455 de 2000 “Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento. En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo”.

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en los cargos que fueron objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y la garantía de su prestación efectiva, sino el respeto de los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y, en cumplimiento de los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata, sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

La conformación de la lista de elegibles, en ese sentido, genera para las personas que hacen parte de ella un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrado en el cargo para el que se concursó, cuando el mismo esté vacante o desempeñando por un funcionario o empleado en provisionalidad. La consolidación de ese derecho “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”²⁴.

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

¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que la administración en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política está obligada a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos convocados, lo que permite materializar el derecho de quienes lo integran, a ser designados mientras ese registro tenga fuerza vinculante, obviamente, respetando el estricto orden de su conformación.

Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo expresamente a los cargos objeto de la convocatoria.

En otros términos, la lista o registro de elegibles tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los cargos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella sólo si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que originó el mencionado acto administrativo. Los cargos que se encuentren por fuera de éste, requerirán de un concurso nuevo que busque expresamente su provisión.”

De la anterior transcripción, se puede concluir, que la conformación de la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular, cuyo fin es de establecer un orden para proveer los cargos estrictamente ofertados y no otros, lo que obliga a las entidades nominadoras a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas en cada una de las convocatorias o las que se generen durante su vigencia, siempre y cuando se refieran al mismo cargo para el cual se ofertó el concurso en donde el nombramiento debe hacerse en estricto orden de mérito con quienes se encuentren en el primer lugar en la lista. Las plazas que no correspondan a la convocatoria o que con posterioridad resulten vacantes, requerirán de un nuevo concurso.

1. Análisis del caso concreto.

1. La señora Claudia Rocío Guauque Veloza, se presentó a la convocatoria 001 de 2005 al empleo No. 2284 correspondiente al cargo de profesional especializado código 2028 grado 16 del Ministerio de Educación Nacional, para el que se ofertó una sola plaza.

Mediante Resolución 811 del 9 de diciembre de 2008, se publicó la lista de elegibles donde la accionante fue inscrita en el sexto lugar, por lo que el Ministerio de Educación Nacional, nombró a la persona que ocupó el primer puesto.

Posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional, mediante Decreto 5013 del 28 de

diciembre de 2009, reestructuró la planta de personal creando 122 cargos de profesional especializado código 2028 grado 16, cuestionados por la accionante que consideró que se debió utilizar la lista de elegibles de la convocatoria 001 de 2005, la cual se encontraba vigente para esa fecha.

En su lugar, la entidad accionada nombró en encargo a personal de la planta y en provisionalidad a personas externas, en tanto se iniciaba el proceso de una nueva convocatoria de concurso de mérito para ofertar los cargos nuevos.

1. A partir de los presupuestos expuestos, esta Sala entra a determinar si los derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, invocados por la señora Claudia Rocío Guauque Veloza, han sido conculcados por el Ministerio de Educación Nacional y la Comisión Nacional del Servicio Civil, por no utilizar la lista de elegibles de la convocatoria 001 de 2005, para proveer las vacantes que resultaron con la expedición de los Decretos 5012 y 5013 del 28 de diciembre de 2009.

1. Presunta violación de los derechos fundamentales.

Frente a este punto, es preciso recordar lo expuesto por esta Corporación en sentencia SU-446 de 2011, con ocasión de la inconformidad presentada por varios accionantes respecto del concurso de méritos convocado por la Fiscalía General de la Nación, en donde las personas que hicieron parte de la lista de elegibles reclamaban ser nombrados en período de prueba, a pesar de que no todos los cargos fueron ofertados por esa Entidad.

Como ya se dijo en el acápite anterior, la sentencia citada sostiene que las pautas o reglas de los concursos de mérito para el acceso a la carrera administrativa son inmodificables y no le es dable a la administración hacer variaciones, pues se lesionarían los principios propios del Estado Social de Derecho, concluyendo que sólo se podía utilizar la lista de elegibles y proveer el número de cargos de las convocatorias, toda vez que esa era una de las reglas del concurso que, debía ser acatada en forma estricta.

Lo anterior justifica la imposibilidad por parte del Ministerio de Educación Nacional, de hacer

uso de la lista a la que pertenece la accionante, para proveer los cargos que fueron creados a finales de 2009, porque ello atentaría contra el principio de libre concurrencia e igualdad en el ingreso propio de la carrera administrativa, toda vez que los demás ciudadanos no tendrían la oportunidad de optar en igualdad de condiciones por dichos cargos, los cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá adelantar un nuevo proceso de selección.

Para el caso en estudio, resulta pertinente resaltar que la señora Claudia Rocío Guauque Veloza, ocupó el puesto 6º de la lista de elegibles y que, al momento de la presentación de la tutela, la entidad accionada demostró que cumplió con su obligación en la provisión del único cargo ofertado dentro de esa convocatoria, al nombrar a la persona que ocupó el primer puesto, para lo cual la accionante pasó a ocupar el 5º lugar.

La actora no tuvo en cuenta que la designación que pretende por vía de tutela, depende de la disponibilidad de un cargo y ello, a su vez, de otros factores no imputables a la entidad, es decir, al agotamiento de las personas que ocuparon puestos mejores, en estricto orden de descendencia, etc.

Por ello, estima la Sala que la señora Claudia Rocío Guauque Veloza contaba con una expectativa para ser nombrada en el cargo ofertado de acuerdo con la posición que ocupó dentro de la lista de elegibles. Además de lo indicado, la accionante era plena conocedora de las reglas del concurso, específicamente, el números de cargos a proveer.

Conforme a lo anterior y habiéndose demostrado que no existió vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos de la señora Claudia Rocío Guauque Veloza, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional considera procedente confirmar la decisión impartida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 17 de febrero de 2011.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencias del 17 de febrero de 2011, proferida por la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que negó el amparo solicitado por la señora Claudia Rocío Guauque Veloza, al revocar la sentencia de primera instancia del 10 de diciembre de 2010 expedida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ordenado dejar sin efecto las órdenes impartidas el ella.

CUARTO: LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Magistrado Luis Carlos González Velásquez.

2 Sentencia T-441 del 29 de mayo de 2003 MP. Eduardo Motealegre Lynett; T-742 del 12 de septiembre de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

3 Sentencia SU-622 del 14 de junio de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería.

4 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 MP. José Gregorio Hernández. En esta oportunidad la Corte estudió el caso de un ciudadano que se presentó al concurso para proveer el cargo de Juez Civil Municipal. Allí encabezó la

lista de elegibles. No obstante este primer lugar, el Tribunal Superior nombró la sexta en la lista de elegibles.

6 MP. Clara Inés Vargas. En esta oportunidad la Corte señaló que en desarrollo de los principios que rigen la función pública, cuales son la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, cuando se presentan vacantes, si la administración decide proveerlas, durante la vigencia de una lista de elegibles, debe hacerlo con las personas que integran tal lista, obviamente, conservando el orden de conformación e integración de la misma.

7 MP. Eduardo Montealegre.

8 MP. Clara Inés Vargas. En esta oportunidad la Corte estudió el conflicto que se presenta cuando existe lista de elegibles y solicitud de traslado de un funcionario de carrera, estableciendo que el nominador debe tener en cuenta la hoja de vida de los aspirantes al cargo.

10 SU-133 del 2 de abril de 1998 MP. José Gregorio Hernández.

11 Sentencia 1079 del 5 de dic. 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil.

12 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”

13 El decreto 1227 de 2005, reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto – Ley 1567 de 1998.

14 MP. José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero.

15 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

16 MP. Humberto Sierra Porto.

17 En el mismo sentido se pueden ver las sentencias T- 298 de 1995, T- 325 de 1995, T- 433 de 1995 y T- 344 de 2003.

18 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

19 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo, considerando 6.1.1.3, página 73.

20 1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad. 2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. 3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos: a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos; b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley; c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión; d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

21 M.P. Carlos Gaviria Díaz, febrero 9 de 1995.

22 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, diciembre 11 de 2009.

23 Cfr. Sentencia T-256 de 1995.

24 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez., pág 134.