



RAMA JUDICIAL

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN CUARTA
SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Magistrada Ponente: Dra. GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ
Acción: TUTELA
Radicación: 11001-33-35-027-2018-00424-01
Accionante: ABNER FIGUEROA GÓMEZ
Accionados: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO DE BOGOTÁ y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a pronunciarse sobre la impugnación interpuesta por la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá contra la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2018 por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que tuteló los derechos de acceso a cargos públicos y debido proceso del actor.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El señor ABNER FIGUEROA GÓMEZ, actuando en nombre propio, interpuso Acción de Tutela en contra de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO DE BOGOTÁ, invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos.

PETICIONES

"1. Ruego a su Despacho amparar mis derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional), a la IGUALDAD (art. 13 constitucional), al TRABAJO (art. 25 constitucional) y al ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional), vulnerados por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.

2. ORDENAR a la Secretaría de Educación del Distrito, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del respectivo fallo de tutela, proceda a efectuar todas las actuaciones administrativas necesarias, que garanticen mi nombramiento en período de prueba, correspondiente al cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 18 de la OPEC 16427.

3. *ORDENAR a la Secretaría de Educación del Distrito, una vez efectuado el nombramiento, se abstenga de ejercer cualquier acto que pueda coartar de alguna manera mis derechos fundamentales, como impedir o postergar la posesión una vez aceptado el cargo, o imponer requisitos adicionales o no previstos en la norma y en la convocatoria del concurso, y por tano se establezca un tiempo máximo no superior a 20 días hábiles para mi posesión.*

4. *Sírvase COMPULSAR COPIAS a la Procuraduría General de la Nación y la Personería Distrital de Bogotá D.C. a efectos de que ejerza verificación y de que investigue si la conducta de la entidad accionada, de omitir el nombramiento de los elegibles, en cumplimiento de una orden emanada de un acto administrativo de carácter particular y concreto, constituye incumplimiento del deber o la norma que pueda derivar o no en sanción disciplinaria.*

5. *Las demás que considere el despacho ultra o extra petita.*" (fls. 9 y vto., c.1).

HECHOS Y FUNDAMENTOS

Expone que participó en la Convocatoria No. 427 de 2016 para el cargo de Profesional Universitario, Código 219 Grado 18, de la Secretaría de Educación Distrital, habiendo superado todas las etapas del concurso y encontrándose en el cuarto lugar de la lista de elegibles conformada para proveer las 4 vacantes ofertadas en la OPEC No. 16427.

Señala que la resolución que conformó la lista de elegibles se encuentra en firme desde el 21 de septiembre de 2018 y fue debidamente comunicada a los interesados, iniciando desde esa fecha el término para que se dispusiera su nombramiento en período de prueba, pese a lo cual la accionada no ha surtido esta actuación.

Indica que en auto del 20 de septiembre de 2018 el Consejo de Estado decretó una medida cautelar y ordenó la suspensión de las actuaciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil respecto a la Convocatoria No. 427 de 2016, sin embargo invoca que esta medida no le cobija porque está dirigida exclusivamente a la CNSC para actuaciones futuras, la firmeza de la lista de elegibles que integra operó antes de notificarse el auto mencionado y el acto que contiene dicha lista es un acto que goza de presunción de legalidad y que posee fuerza ejecutoria vinculante.

Invoca que ostenta un derecho adquirido y no una mera expectativa a ser nombrado en período de prueba, por lo que la omisión en surtir esta actuación vulnera sus derechos fundamentales (fls. 1-3 vto., c.1).

2. TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

- El accionante promovió la presente acción de tutela el 24 de octubre de 2018 (fl. 72, c.1).

- En providencia del 24 de octubre de 2018 el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá admitió la acción de tutela contra la Secretaría de Educación Distrital, ordenó su notificación y le requirió un informe sobre los hechos materia de la acción. De igual forma, vinculó a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que se pronunciara sobre los hechos expuestos en el escrito de la acción (fls. 74 y vto., c.1).

La anterior providencia se notificó el 25 de octubre de 2018 a los correos electrónicos notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co, notificacionesjudiciales@cns.gov.co y notificacionestutelas@educacionbogota.edu.co (fl. 75, c.1).

- El 8 de noviembre de 2018 se profirió fallo de primera instancia (fls. 85-87 vto., c.1).

Decisión que fue notificada en la misma fecha a los correos notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co, abnerfigo@hotmail.com, notificacionesjudiciales@cns.gov.co y notificacionestutelas@educacionbogota.edu.co (fl. 88, c.1).

- En memorial allegado el 14 de noviembre de 2018 la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá solicita que se declare la nulidad de lo actuado por "*irregularidades en el debido proceso*", cuestionando que dicha dependencia no fue notificada del auto admisorio de la acción de tutela a través del correo electrónico notificacionestutelas@educacionbogota.edu.co, ni mediante diligencia de notificación personal en la dirección física de la entidad, por lo que desconocía los hechos y pretensiones formuladas, vulnerándose con ello sus derechos de defensa y contradicción.

En el mismo escrito, impugnó el fallo de primera instancia, pronunciándose de fondo sobre la improcedencia de nombrar al actor en período de prueba (fls. 89-93 vto., c.1).

- En auto del 16 de noviembre de 2018 el A quo negó la solicitud de nulidad formulada por la Secretaría de Educación Distrital por considerar que las actuaciones de la acción de tutela se notificaron en debida forma a los correos electrónicos que la entidad tiene dispuestos para tal fin. En consecuencia, concedió ante esta Corporación la impugnación interpuesta por dicha entidad (fls.99 y vto., c.1).

3. INFORMES

3.1. El Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil en memorial allegado el 29 de octubre de 2018 rinde el informe solicitado por el A quo, relatando las actuaciones surtidas en el marco de la Convocatoria No. 427 de 2016 y, en particular, respecto al empleo al que concursó el accionante, que indica culminó con la expedición de listas de elegibles del 11 de septiembre de 2018 y que cobró firmeza el 21 de septiembre de 2018.

Precisa que la entidad delegó a la Secretaría de Educación la celebración de audiencias públicas de selección de ubicación geográfica, teniendo en cuenta la firmeza de las listas de elegibles, y que la lista de elegibles que integra el actor no había sido objeto de medida cautelar por parte del Consejo de Estado, habiéndose proferido un criterio unificado en la entidad, según el cual las listas que hubieren adquirido firmeza antes de la notificación de una medida de suspensión provisional constituyen para los elegibles una posición de mérito y un derecho subjetivo y consolidado a ser nombrados en período de prueba.

En relación con la situación del accionante, refiere que la ausencia de nombramiento en período de prueba por parte de la Secretaría de Educación Distrital impide la concreción del principio del mérito y viola lo dispuesto en la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, pues el ciudadano que ocupó una posición de mérito no cuenta con una simple expectativa sino que ostenta la titularidad de un derecho (fls. 76-79 vto., c.1).

3.2. La Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá no contestó la acción.

4. SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá profirió sentencia de primera instancia el 8 de noviembre de 2018, tutelando los derechos de acceso a empleo público y debido proceso administrativo del accionante, y

ordenando para su protección al Secretario de Educación del Distrito Capital de Bogotá adelantar las actuaciones administrativas a que haya lugar y, cumplidas las exigencias legales y reglamentarias, proceder a nombrar al actor en período de prueba y tomar posesión del empleo al que concursó.

En sustento, anota que para la fecha en que el Consejo de Estado decretó la medida cautelar de suspensión provisional de la actuación administrativa, la Comisión ya había surtido todas las etapas del proceso de selección que eran de su competencia, restando sólo el nombramiento en período de prueba y posesión del accionante, a cargo de la Secretaría de Educación, precisando que ésta no podía obviar las actuaciones a su cargo amparándose en la medida cautelar, pues iba dirigida específicamente a las actuaciones de la CNSC.

Expresa que al encontrarse el actor en el puesto No. 4 para la provisión de las 4 vacantes ofertadas del cargo al cual aspiró, se genera de manera inequívoca su vocación de elegibilidad y por ende procedía el amparo constitucional solicitado (fls. 85-87 vto., c.1).

4. IMPUGNACIÓN

En memorial allegado el 14 de noviembre de 2018 la Secretaría de Educación impugnó la decisión de primera instancia, alegando que para proceder al nombramiento del accionante debe surtir una audiencia pública de escogencia de ubicación geográfica y que ésta es una actuación administrativa a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que se encuentra suspendida por medida cautelar decretada por el Consejo de Estado; que si bien existe un acto de delegación de esta función, la Alta Corporación de lo Contencioso hizo claridad que la medida se encaminaba a la actuación administrativa y no simplemente al acto que dio lugar a la convocatoria, procurando con ello evitar que se hicieran interpretaciones como las del A quo.

Expone que al Juez de Tutela no le es dable modular los efectos de una medida cautelar, como invoca aconteció con el fallo impugnado, pues pese a la suspensión provisional que cobija la convocatoria se le ordenó surtir las actuaciones tendientes al nombramiento del actor, máxime que al trámite de la acción no fue vinculada la Sección Segunda del Consejo de Estado que profirió la medida cautelar, lo que en su criterio podría eventualmente viciar por completo el trámite adelantado por el A quo y no integrar adecuadamente el contradictorio.

Resalta que la Comisión de Personal de la entidad tenía la posibilidad de solicitar o no exclusiones de personas, lo que a su juicio denota que las personas que integran las listas de legibles no tienen ningún derecho con la sola publicación de estas listas; que la Comisión de Personal solicitó la exclusión del accionante por no cumplir los requisitos mínimos, al no haber presentado tarjeta profesional y que por el cargo al que concursó requiere aportar este documento, precisando que si bien la CNSC rechazó por improcedente la exclusión presentada, la entidad no puede proceder a nombrar a una persona que no cumple requisitos mínimos para desempeñar el cargo; encontrándose a la fecha pendiente de resolver una solicitud de revocatoria directa presentada contra el acto que rechazó por improcedente las exclusiones (fls. 89-93 vto., c.1).

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del presente asunto.

DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política prevé que toda persona incoar la acción de tutela para reclamar ante los jueces de la República la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades o de los particulares en los casos previstos en la ley, y procede sólo cuando el afectado no dispone de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala, conforme al escrito de impugnación, determinar si la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá incurrió en la vulneración de los derechos al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos del actor, con ocasión de no haberse efectuado su nombramiento en período de prueba.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A CONCURSOS PÚBLICOS

Sobre el particular, el Consejo de Estado¹, ha precisado:

“La Sala, con fundamento en la sentencia T-388 de 1998 de la Corte Constitucional, ha precisado que la acción de tutela procede para proteger los derechos fundamentales vulnerados con ocasión de los concursos de méritos adelantados para proveer empleos públicos “porque se ha considerado que las acciones contenciosas administrativas con las que cuentan los ciudadanos carecen de eficacia necesaria para conferir una protección integral y eficaz de los derechos de rango fundamental que puedan estar comprometidos”².

No obstante lo anterior, debe precisarse que la conformación de la lista o registro definitivo de elegibles genera derechos subjetivos de sus integrantes para ser nombrados en el orden allí previsto, según el número de empleos ofertados. No sucede lo mismo con las etapas anteriores del concurso público, pues en éstas los participantes sólo tienen una mera expectativa que puede materializarse en un derecho, de acuerdo con los resultados de la competencia.

Entonces, cuando se solicite el amparo de derechos fundamentales en alguna de las etapas de concurso público de méritos, a pesar de que pueda existir otro medio de defensa judicial [acción de nulidad y restablecimiento del derecho] la Sala ha admitido la procedencia de la acción de tutela, incluso de manera definitiva, pero siempre y cuando no se hubiere configurado la lista definitiva que reconozca derechos subjetivos de los allí inscritos; pues, en ese evento la acción constitucional no resulta procedente.

Lo anterior obedece a que, cuando se ha conformado la lista de elegibles cualquier modificación o suspensión de sus efectos, por vía de tutela, podría atentar contra los derechos fundamentales de sus integrantes, quienes tienen situaciones jurídicas ya consolidadas; por consiguiente, luego de conformada la lista de elegibles no es posible, vía acción de tutela, ordenar su modificación, máxime cuando no se sabe quiénes pueden resultar afectados y menos si éstos no se han convocado al proceso.

En reciente sentencia esta Sección, para resolver un caso en el que se controvertía la actuación de una entidad pública organizadora de un concurso de méritos, determinó³:

“Para la Sala la finalización del concurso de méritos tiene lugar con la publicación del listado de elegibles, fecha a partir de la cual la acción de tutela se torna abiertamente improcedente en aplicación del principio de la inmediatez, dado que cualquier orden de protección referente a una etapa intermedia del concurso resulta tardía, puesto que

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo, sentencia del 17 de marzo de 2011, Exp. 25000-23-15-000-2010-03522-01.

² Cfr. Sentencia del 27 de agosto de 2009, exp No. 2009-00084. Respecto del tema también pueden consultarse las sentencias del 1 de noviembre de 2007, exp. 05001-23-31-000-2007-02525-01; del 8 de noviembre de 2007, exp. 25000-23-25-000-2007-02121-01; del 6 de agosto de 2008, exp. 05001-23-31-000-2008-00760-01 y del 3 de abril de 2008, exp. 41001-23-31-000-2008-00039-01.

³ Sentencia del 17 de junio de 2010, exp. 15001-23-31-000-2010-00603-01.

publicadas las listas de elegibles se consolidan los respectivos derechos a favor de los concursantes que las integran.

De tal suerte que la solicitud de amparo que se interponga con posterioridad a la publicación del listado de elegibles, deviene abiertamente improcedente para cuestionar actos administrativos que eliminen a un concursante durante las etapas de un concurso de méritos... ”

En concordancia con la posición de la Sección Quinta, la Sección Cuarta de esta Corporación, en tratándose de tutelas contra concursos de méritos culminados, manifestó:⁴

“Significa lo anterior que el proceso de selección en alto porcentaje ha finalizado y no es del caso inaplicar una de las etapas del mismo, no solo por lo antes considerado sino porque se afectarían los derechos de las personas que concursaron y aprobaron todas las etapas y ahora están ejerciendo como titulares en propiedad los cargos de notarios.

En conclusión, se observa que la etapa de la prueba de conocimientos, en la que se fundamenta la alegada violación de los derechos fundamentales invocados, ya fue superada y el concurso está en su etapa final, por lo que no es posible retrotraer el proceso de selección por cuanto a la fecha existen situaciones jurídicas consolidadas tanto para quienes figuran en las listas de elegibles como para quienes fueron nombrados y posesionados, con fundamento en las bases y reglas previamente establecidas en la convocatoria del concurso y en esas condiciones les asiste un derecho legítimo que no puede ser revocado o modificado sin su consentimiento”. (Negrillas y Subrayado fuera del texto).

Posteriormente, la Sección Quinta de la Alta Corporación en providencia del 16 de junio de 2016, proferida en el expediente No. 05001-23-31-000-2016-00891-01, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro, citada por el A quo en sustento de su decisión, señaló:

“2.4. Procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de méritos para cargos públicos de carrera

(...)

En síntesis, esta Sala considera que la acción de tutela procede de forma excepcional contra actuaciones proferidas dentro de concursos públicos de méritos, siempre y cuando no se haya emitido lista de elegibles, caso contrario en el cual resulta improcedente el amparo, ante la existencia de situaciones consolidadas y derechos adquiridos por cada uno de los concursantes designados en cargos de carrera.” (subrayado fuera de texto)

⁴ Sentencia del 17 de julio de 2008, exp. 25000-23-26-000-2008-00448-01.

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES DE QUIENES OCUPAN LOS PRIMEROS PUESTOS EN LOS CONCURSOS DE MÉRITOS DESARROLLADOS POR LAS ENTIDADES ESTATALES

Sobre el particular, la Alta Corporación Constitucional en sentencia SU-446 del 26 de mayo de 2011, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se pronunció en el siguiente sentido:

"(...)

*4.1.-La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. 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, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que **deben** ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta.*

*4.1. Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque durante su vigencia la administración **debe** hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso. El segundo, que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional.*

4.2. Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados. En términos generales, debemos decirlo, el Estado convoca a un concurso público porque tiene plazas vacantes u ocupadas en provisionalidad que deben ser provistas mediante el sistema de concurso público (...)

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo 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 y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

(...)

*La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"⁵.
 (...)"*

Posteriormente, en sentencia T-133 del 15 de marzo de 2016, M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, se relacionaron casos que comprendían la línea jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional en torno a la procedencia de la acción de tutela para garantizar los derechos de la persona que hubiere ocupado el primer lugar en un concurso de méritos o en una lista de elegibles, de la siguiente manera:

*"En efecto, la **sentencia SU-133 de 1998**⁶ cambió la tesis sentada en la **sentencia SU-458 de 1993**⁷ relacionada con la improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que se transgreden los derechos de quien, a pesar de ocupar el primer lugar en la lista de elegibles, no es designado en el cargo que motivó el concurso de méritos. En la sentencia que efectuó el cambio jurisprudencial referido, la Corte aludió a las consideraciones de algunos fallos de revisión en los que se había advertido la insuficiencia de los mecanismos ordinarios en la hipótesis descrita e indicó que:*

"(...) 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.

La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política."

⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez., pág 134.

⁶ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

⁷ M.P. Jorge Arango Mejía

*Las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos del primero de la lista de elegibles que no es designado en el cargo se han reiterado en diversas oportunidades por esta Corporación. Así, por ejemplo, la **sentencia T-606 de 2010**⁸ que estudió la solicitud de amparo presentada por un accionante que ocupó el primer lugar en el concurso adelantado para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia y no fue designado por el nominador, quien, en su lugar, nombró al segundo de la lista de elegibles, indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:*

“(…) en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dilatan la obtención de los fines que persiguen. Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante⁹, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el cargo público.”

*En el mismo sentido, en la **sentencia T-156 de 2012**¹⁰ que analizó la afectación de los derechos al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos de una concursante que, tras ocupar el primer lugar de la lista de elegibles para la selección de un cargo público, vio afectada su designación como consecuencia del acto de suspensión de la firmeza de la referida lista. La Corte indicó respecto a la subsidiariedad que: “las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso”.*

*Asimismo, la **sentencia T-402 de 2012**¹¹ estudió el caso de una accionante que superó todas las etapas del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer un cargo en el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja; ocupó el primer lugar en la lista de elegibles y no fue nombrada por la entidad nominadora por la supresión del cargo. En esa ocasión se consideró procedente la acción de tutela, dado que los mecanismos ordinarios al alcance de la afectada no permitían una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión.*

13.- De los precedentes referidos se advierte que la procedencia de la acción de tutela frente a actos como el que se ataca en esta oportunidad merece consideraciones especiales relacionadas con: (i) el escenario en el que se emite el acto que niega la designación, que corresponde a un concurso de méritos para la provisión de cargos públicos –artículo 125C.P.-; (ii) el estado del

⁸ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰ M.P. María Victoria Calle Correa

¹¹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

proceso en el que se emite el acto, pues se han agotado diversas etapas por las que transitaron los aspirantes y que, en el caso de quien ocupa el primer lugar, se superaron de forma exitosa; (iii) la expectativa legítima sobre la designación de quien ocupa el primer lugar en el concurso de méritos; (iv) el impacto que se causa en el derecho a desempeñar un cargo público cuando la vigencia del nombramiento corresponde a periodos cortos e institucionales y (v) el impacto sobre el derecho a ser designado en un cargo público en los casos en los que las vigencias de las listas de elegibles son cortas.”

Para resolver, en el expediente obra copia, entre otros, de los siguientes documentos:

1. Acuerdo No. CNSC 20181000002796 del 14 de agosto de 2018, a través del cual el Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil: (i) ordenó la realización de las audiencias públicas para la escogencia del empleo por parte de los elegibles que conforman las listas de la Convocatoria No. 427 – SED, y (ii) delegó a la Secretaría de Educación del Distrito la programación, organización, citación de elegibles y realización de dichas audiencias para la provisión de los empleos en el marco de la convocatoria No. 427 –SED; de igual forma, se establecieron las condiciones bajo las cuales sería ejercida la delegación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá (fls. 22-24, c.2).
2. Resolución No. CNSC 20182330127165 del 11 de septiembre de 2018, por medio de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil conforma una lista de elegibles para el empleo OPEC No. 16427 de la Convocatoria No. 427 de 2016 – Secretaría de Educación de Distrito de Bogotá (fls. 12-13 vto. y 83-84 vto., c.1).
3. Reporte de exclusiones formuladas por la Comisión de Personal de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, en el que consta que respecto al empleo OPEC No. 16427 la entidad sustentó la exclusión del accionante por no haber aportado tarjeta profesional, recalcándose como sustento técnico que la tarjeta o matrícula profesional era un requisito de estudio para dicho cargo y que era deber del aspirante aportar los documentos a través del SIMO (fl. 94, c.1).
4. Resolución No. CNSC 20182330130045 del 21 de septiembre de 2018, por medio de la cual la CNSC rechaza por improcedente una solicitud de exclusión de lista de elegible, formulada por la Secretaría de Educación respecto a 49 aspirantes de la Convocatoria No. 427 de 2018 (fls. 14-16 vto. y 25-27 vto., c.1).
5. Constancia de firmeza de la lista de elegibles conformada en la Resolución No. CNSC 20182330127165 del 11 de septiembre de 2018, en la que consta que

cobró firmeza el 21 de septiembre de 2018 (fl. 82, c.1).

6. Comunicación No. 20182330532571 del 24 de septiembre de 2018, a través de la cual la CNSC le informa al Subsecretario de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá que, en el proceso No. 11001-03-25-000-2018-00554-00 y en auto del 20 de septiembre de 2018, el Consejo de Estado había proferido una medida cautelar de suspensión provisional de la actuación de la Comisión con ocasión del concurso de méritos adelantado en virtud de la Convocatoria No. 427 de 2018, precisándole que esta decisión se notificó el 21 de septiembre, quedó en firme el 24 de septiembre y a partir del 25 de septiembre la Convocatoria quedaba suspendida, e indicándole que la entidad había expedido un criterio unificado el 11 de septiembre sosteniendo que las listas que hubieren cobrado firmeza con anterioridad a la notificación de una medida cautelar de suspensión provisional constituían para los elegibles un derecho consolidado y subjetivo a ser nombrados. En consecuencia, le envió el listado de las listas de elegibles en firme, entre éstas la del empleo OPEC No. 16427 y le solicitó *“enviar la relación de los actos administrativos de nombramiento en período de prueba de los elegibles en los que su lista adquirió firmeza en el término de diez (10) días hábiles, una vez recibida esta comunicación.”* (fls. 18-20 vto., c.1).

7. Oficio No. 20182330565801 del 3 de octubre de 2018, por medio del cual la CNSC le indica al Subsecretario de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá que los efectos de la suspensión provisional del Acuerdo de la Convocatoria No. 427 no afectaba los actos administrativos a través de los cuales se conformaron las listas de elegibles, razón por la cual, le solicitó *“proceda a realizar las audiencias públicas de selección de ubicación geográfica delegadas por la CNSC, así como los nombramientos en período de prueba de los elegibles en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes y del principio constitucional al mérito”* (fls. 21 y vto., c.1).

8. Formato de Acta Individual de Escogencia de la Secretaría de Educación de Bogotá, del 30 de noviembre de 2018, en la que consta que:

“Yo, ABNER FIGUEROA GÓMEZ (...) ubicado (a) en la posición 4 de la lista de elegibles, OPEC 16427 para el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 18 adoptada mediante Resolución CNSC 20182330127165 del 11/09/2018 por medio de la presente acta manifiesto que selecciono la siguiente ubicación DIRECCIÓN LOCAL DE EDUCACIÓN 19 - CIUDAD BOLÍVAR” (fl. 15, c.2).

CASO CONCRETO

En ejercicio de la presente acción, el señor Abner Figueroa Gómez invoca la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, los cuales estima vulnerados con ocasión de no haberse dispuesto su nombramiento en período de prueba para el cargo al cual concursó en la Convocatoria No. 427 de 2016 – Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá. .

El A quo accedió a la protección constitucional solicitada, invocando que para la fecha en que fue decretada la medida cautelar de suspensión provisional de la Convocatoria No. 427 – SED Bogotá la CNSC ya había surtido todas las actuaciones a su cargo, y sólo restaba que se dispusiera el nombramiento en período de prueba del actor, actuación a cargo de la Secretaría de Educación accionada. Decisión que fue controvertida por esta última autoridad, alegando que el actor no cumplía los requisitos mínimos para su nombramiento en el cargo al que aspiró y, por otra parte, que la audiencia especial que debe surtir para dicho nombramiento es una actuación de competencia de la CNSC, pese a la delegación efectuada, y que por ende se trata de una diligencia suspendida por la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado.

Sea lo primero precisar que, de conformidad con la jurisprudencia citada en precedencia sobre la procedibilidad de la acción de tutela en materia de concursos de méritos, esta acción constitucional procede de manera excepcional para analizar la presunta afectación de los derechos fundamentales en cualquier etapa de dicho proceso de selección, salvo que se pretendan controvertir las normas generales del concurso o cuando se acredite la conformación y publicación de una lista de elegibles, siendo pertinente resaltar que dicha regla de procedencia aplica para aquellos eventos en los cuales la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales tenga lugar en cualquiera de las etapas del concurso anteriores a la consolidación de la lista de elegibles.

En ese sentido, dada la agilidad con la que se surten cada una de las fases del concurso de méritos y atendiendo que algunas de éstas tienen la condición de ser eliminatorias, la jurisprudencia sobre la materia ha considerado que la acción de tutela se torna en el instrumento idóneo para procurar la protección de las garantías fundamentales que se estimen vulneradas en el desarrollo de dicho proceso, no obstante lo cual, se ha determinado que la oportunidad para ventilar la

afectación de derechos fundamentales tiene lugar hasta tanto se conforme la lista de elegibles correspondiente, habida consideración que con esta decisión administrativa se entiende que ha finalizado el proceso de selección y por su carácter definitivo se generan derechos subjetivos y particulares para sus integrantes, los cuales sólo pueden ser modificados en ejercicio de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico y no a través de este mecanismo constitucional, de manera que si se estima que en el proceso de selección se incurrieron en vicios e ilegalidades que afectarían la consolidación de la lista de elegibles, se debe acudir a los medios ordinarios de defensa previstos en la Ley 1437 de 2011.

Teniendo en cuenta lo anterior, conviene precisar que en el presente caso el accionante no sustenta la vulneración de sus derechos con ocasión del desarrollo del concurso o de etapas previas a la conformación de la lista de elegibles, pues incluso reconoce la existencia de este acto administrativo y pretende que con fundamento en éste se disponga su nombramiento en período de prueba, esto es, la solicitud de amparo presentada por el señor Abner Figueroa Gómez no impone al Juez de Tutela un análisis que tenga la virtualidad de modificar, revocar o alterar el contenido del acto a través del cual se hubiere conformado la lista de elegibles.

En esas condiciones, el accionante cuestiona que a pesar de integrar una lista de elegibles que “*cohró firmeza*” y pese a encontrarse en una posición de elegibilidad, la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá se ha sustraído del deber de nombrarlo en período de prueba, afectándose de esta manera sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos; discusión que, conforme a jurisprudencia citada en apartes anteriores, debe ser abordada en ejercicio de la acción de tutela, al no existir en el ordenamiento jurídico ningún otro mecanismo de defensa idóneo y eficaz para la protección de estas garantías fundamentales, advirtiéndose que si bien la acción de cumplimiento prevista en el artículo 87 de la Constitución Política y regulada en la Ley 393 de 1997 está instituida para obtener el cumplimiento de normas que tienen fuerza material de ley o de actos administrativos, no constituye un medio de defensa al alcance del accionante por cuanto no está contemplada como un mecanismo para analizar presuntas afectaciones de derechos de categoría fundamentales ni para impartir órdenes de protección de estos derechos, en caso de constatar su transgresión o amenaza.

Por lo anterior y conforme reiterada jurisprudencia constitucional, la acción de tutela es el escenario idóneo para ventilar la discusión planteada por el señor Figueroa Gómez y para determinar si con ocasión de no haberse dispuesto su nombramiento en período de prueba en el cargo al cual concursó en la Convocatoria No. 427 de 2016 se ha producido o no una afectación de los derechos fundamentales invocados.

Advertido el objeto de la discusión en el presente asunto, la Sala observa que a través del Acuerdo No. CNSC 20161000001286 del 29 de julio de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 833 vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría de Educación del Distrito Capital, el cual se identificó como “Convocatoria No. 427 de 2016 – SED Bogotá Planta Administrativa”.¹²

En cuanto a las etapas y reglas generales del concurso de méritos, el mencionado acuerdo, dispone:

***“ARTÍCULO 4°. ESTRUCTURA DEL PROCESO.** El presente concurso abierto de méritos para la selección de los aspirantes tendrá las siguientes fases:*

- 1. Convocatoria y divulgación.*
 - 2. Inscripciones.*
 - 3. Verificación de requisitos mínimos.*
 - 4. Aplicación de pruebas.*
 - 4.1. Pruebas sobre Competencias Básicas y Funcionales.*
 - 4.2. Pruebas sobre Competencias Comportamentales.*
 - 4.3. Valoración de Antecedentes.*
 - 5. Conformación de Listas de Elegibles.*
 - 6. Período de Prueba.*
- (...)*

***ARTÍCULO 6°. NORMAS QUE RIGEN EL CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS.** El proceso de selección por méritos, que se convoca mediante el presente Acuerdo, se regirá de manera especial, por lo establecido en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, en los Decretos Ley 760 y 785 de 2005, la Ley 1033 de 2006, los decretos 4500 de 2005, 2484 de 2014 y 1083 de 2015, lo dispuesto en el presente Acuerdo y por las demás normas concordantes.*

(...)

¹² Información consultada en el portal web de la Comisión Nacional del Servicio Civil - Convocatoria No. 428 de 2016 – “Normatividad”, en el link: <https://www.cns.gov.co/index.php/normatividad-427-de-2014-sed>

ARTÍCULO 51°. CONFORMACIÓN DE LISTAS DE ELEGIBLES. *La Universidad o Institución de Educación Superior que la CNSC contrate para el efecto, consolidará los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba dentro del total del Concurso abierto de méritos y la CNSC conformará las listas de elegibles para proveer las vacantes definitivas de los empleos objeto de la presente Convocatoria, con base en la información que le ha sido suministrada, y en estricto orden de mérito.*
(...)

ARTÍCULO 53°. PUBLICACIÓN DE LISTAS DE ELEGIBLES. *A partir de la fecha que disponga la CNSC, se publicarán oficialmente los actos administrativos que adoptan las Listas de Elegibles de los empleos ofertados en la Convocatoria No. 427 de 2016 – SED Bogotá, Planta Administrativa”, a través de la página www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO.*

ARTÍCULO 54°. SOLICITUDES DE EXCLUSIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. *Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, SED Bogotá, Planta Administrativa, o su Comisión de Personal, podrá solicitar a la CNSC, en los términos del Decreto Ley 760 de 2005, la exclusión de la Lista de elegibles de la persona o personas que figuren en ella, por los siguientes hechos:*

1. Fue admitida al Concurso abierto de méritos sin reunir los requisitos exigidos en la Convocatoria.
2. Aportó documentos falsos o adulterados o por haber incurrido en falsedad de información para su inscripción o participación en el Concurso abierto de méritos.
3. No superó las pruebas del Concurso abierto de méritos.
4. Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el Concurso abierto de méritos.
5. Conoció con anticipación las pruebas aplicadas.
6. Realizó acciones para cometer fraude en el Concurso abierto de méritos.

Recibida en término la anterior solicitud, la CNSC adelantará el trámite administrativo previsto en el Decreto Ley 760 de 2005.

La CNSC excluirá de las Listas de Elegibles, sin perjuicio de las acciones de carácter disciplinario y penal a que hubiere lugar, si llegare a comprobar que un aspirante incurrió en uno o más de los hechos previstos en el presente artículo.

ARTÍCULO 55°. MODIFICACIONES DE LISTAS DE ELEGIBLES. *La CNSC de oficio o a petición de parte, mediante acto administrativo debidamente motivado excluirá de la lista de elegibles al participante en este Concurso abierto de méritos, cuando compruebe que su inclusión obedeció a error aritmético en la sumatoria de los puntajes obtenidos en las distintas pruebas.*

Las listas de elegibles, también podrán ser modificadas por la CNSC, de oficio, a petición de parte o como producto de las solicitudes de corrección de

resultados o datos y reclamaciones presentadas y resueltas adicionándola con una o más personas o reubicándola(s) cuando compruebe que hubo error, caso en el cual deberá ubicársele en el puesto que le corresponda.

La Comisión Nacional del Servicio Civil una vez recibida la solicitud de que trata los artículos anteriores y de encontrarla ajustada a los requisitos señalados en este Acuerdo, iniciará la actuación administrativa correspondiente y comunicará por escrito al interesado para que intervenga en la misma.

La anterior actuación administrativa se iniciará, tramitará y decidirá en los términos del Capítulo I del Título III del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 56. FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. *La firmeza de la lista de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web www.cnsc.gov.co, enlace: SIMO o su equivalente Convocatoria No. 478 de 2016 – SED Bogotá, Planta Administrativa, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55° del presente Acuerdo, o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.*

Una vez en firme las listas de elegibles, la CNSC remitirá a la Secretaría de Educación del Distrito Capital de Bogotá, los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicará en la página web www.cnsc.gov.co, enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria No. 427 de 2016 - SED Bogotá, Planta Administrativa, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.

PARÁGRAFO: *Las Listas de Elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, mientras éste se encuentre vigente.*

ARTÍCULO 58. VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. *Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza.”*

De las normas en cita se extrae que el Concurso Abierto de Méritos convocado para la provisión de empleos vacantes del sistema de carrera administrativa de la Secretaria de Educación del Distrito de Bogotá se estipuló para realizarse en seis (6) fases, correspondiendo las dos últimas a las denominadas “Conformación de Listas de Elegibles” y “Período de Prueba”, a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Secretaría de Educación, respectivamente, las cuales tendrían lugar una vez agotado todo el proceso de convocatoria, inscripciones, verificación de requisitos mínimos y aplicación de pruebas; rigiéndose el proceso de selección,

entre otras disposiciones, por la Ley 909 de 2004¹³. Ahora bien, en lo que respecta a las listas de elegibles se observa que su conformación es una responsabilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con fundamento en los resultados consolidados por parte de la institución de educación superior contratada para el efecto, previéndose que la firmeza de las listas de elegibles se produciría vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación sin que se hubiere presentado reclamación alguna ni solicitud de exclusión, o cuando las reclamaciones se hubieren resuelto y la decisión correspondiente se encontrare ejecutoriada.

De conformidad con lo expuesto en este trámite constitucional, se encuentra que el señor Abner Figueroa Gómez participó en la Convocatoria No. 427 de 2016 – SED Bogotá, Planta Administrativa para el cargo denominado Profesional Universitario, Código 219 Grado 18, identificado con la OPEC No. 16427, del cual se ofertaron cuatro (4) vacantes en la Dirección Local de Educación en la ciudad de Bogotá D.C.¹⁴

Asimismo, de las pruebas aportadas a proceso se advierte que a través de la Resolución No. 20182330127165 del 11 de septiembre de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó lista de elegibles para proveer las vacantes del empleo al cual aspiró el accionante, quien ocupó el cuarto orden de elegibilidad; acto administrativo que contempló la realización del procedimiento de solicitud de exclusión contemplado en el artículo 54 del Acuerdo No. CNSC 20161000001286 de 2016 (fls. 12-13 vto., c.1).

De otro lado, revisado el aplicativo “Banco Nacional de Lista de Elegibles” en el portal web de la Comisión Nacional del Servicio Civil y consultada la OPEC No. 16427 de la Convocatoria 427 de 2016- SED Bogotá, Planta Administrativa, se constata la siguiente información¹⁵:

¹³ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

¹⁴<https://www.cns.gov.co/index.php/consulte-opec-427-de-2016>

¹⁵ <http://gestion.cns.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml>

Al respecto, de conformidad con las regla fijada en el artículo 54 del Acuerdo No. CNSC 20161000001286 del 29 de julio de 2016, citado en precedencia, la Sala advierte que la firmeza de las listas de elegibles en el marco de este concurso de méritos opera al vencimiento de los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación sin que se hubiere presentado solicitud de exclusión o reclamación alguna, o cuando éstas hubieren sido resueltas y la decisión se encontrare ejecutoriada; circunstancia a partir de la cual se concluye que la única condición prevista en las normas de la convocatoria de la que depende la firmeza de la lista de elegibles tiene que ver con las solicitudes de exclusión de que trata la aludida disposición, de suerte que para establecer que una lista de elegibles goza o no de firmeza debe examinarse si en el término legal establecido se presentó solicitud de exclusión o reclamación, y en caso afirmativo si éstas fueron resueltas mediante decisión que se encontrare ejecutoriada.

En el *sub judice*, como quiera que la lista de elegibles que integra el señor Abner Figueroa se publicó el 12 de septiembre de 2018, el término de cinco (5) días hábiles con que contaba Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá o su comisión de personal para formular la solicitud de exclusión estaba comprendido entre el **13 de septiembre y 19 de septiembre de 2018**.

Lo probado en el proceso da cuenta que el 18 de septiembre de 2018, bajo el No. 201809180133, la Comisión de Personal de la Secretaría de Educación de Bogotá solicitó la exclusión de 58 elegibles, entre éstos, del accionante respecto de la lista conformada para el empleo OPEC No. 16427, por la causal prevista en el numeral 14.1 del artículo 14 del Decreto 760 de 2005, "*Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria (...) derivado de la ausencia de presentación de la Tarjeta Profesional*"; solicitud que fue resuelta por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución No. 20182330130045 del 21 de septiembre de 2018, en el sentido de rechazarla por improcedente, exponiendo en sustento de su decisión que tanto el artículo 2.2.2.3.3. del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 18 del Acuerdo No. 201610000001286 de 2016 establecen que dentro del año siguiente a la posesión, el empleado/servidor deberá presentar la correspondiente tarjeta o matrícula profesional, por lo que concluyó que este documento constituye un requisito de posesión y no un requisito mínimo exigido en la convocatoria (fls. 14-16 vto., c.1).

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que dentro de la oportunidad legal establecida la Secretaría accionada ejerció la potestad de solicitar la exclusión del

accionante de la lista de elegibles en la que se encuentra y la Comisión acreditó que examinó de fondo los argumentos de esta solicitud y adoptó la decisión de rechazarla por improcedente por considerar que no se encontraba acreditada la causal invocada por la autoridad distrital; ante lo cual, la Sala concluye que se surtió el procedimiento previsto en el artículo 54 del Acuerdo No. 201610000001286 de 2016 y, por tanto, no es de recibo que la Secretaría de Educación se abstenga de efectuar el nombramiento en período de prueba del actor por considerar que no cumple los requisitos mínimos exigidos para el empleo, desconociendo que sobre este aspecto ya se pronunció la entidad competente a través de un acto administrativo que se presume ajustado al ordenamiento jurídico y cuya legalidad no ha sido desvirtuada por interesado alguno.

Siendo así, no tiene fundamento el primer argumento presentado por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. para no proceder con el nombramiento del señor Abner Figueroa.

Por otra parte, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. invoca que para proceder al nombramiento en período de prueba del actor se debe realizar una audiencia pública para la escogencia de empleo, precisando que esta actuación es de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil y que si bien existe una delegación de esta función, ello no implica *“el desprendimiento ni transferencia de tales competencias”* (fl. 92, c.1). En ese sentido, precisa que el Consejo de Estado decretó una medida cautelar de suspensión provisional de las actuaciones de la Comisión en el marco de la Convocatoria No. 427 de 2016, por lo que a su juicio no es posible continuar con las actuaciones para el nombramiento requerido por el accionante, como lo ordenó el Juez de Primera Instancia.

En efecto, esta Sala advierte que en el Consejo de Estado se tramitan varios procesos ordinarios contra la Convocatoria No. 427 de 2016; en particular, bajo la dirección del C.P. Dr. William Hernández Díaz cursa el proceso de nulidad simple No. 11001-03-25-000-2018-00554-00, en el cual se decretó la medida cautelar de suspensión a que han hecho referencia las partes de este asunto. En ese orden, la Sala analizará el caso concreto con fundamento en esta decisión judicial, para lo cual resulta pertinente destacar las actuaciones surtidas en el aludido proceso, teniendo en cuenta la información consignada en el aplicativo “Consulta de Procesos” del portal web del Consejo de Estado, como se detalla a continuación:

Exp. 11001-03-25-000-2018-00554-00 (No. interno 1925-2018)

Demandante: Nancy Machado Núñez
Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil

La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del Acuerdo No. 20161000001286 del 29 de julio de 2016.

Auto del 18 de junio de 2018: Se admite la demanda.

Auto del 20 de septiembre de 2018: Se resuelve medida cautelar solicitada por la parte demandante y, en consecuencia, se dispone:

“PRIMERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. en la Convocatoria 427 de 2016 (2016 1000001286 del 29 de julio del 2016), hasta que se profiera sentencia.”

Decisión notificada por estado el 24 de septiembre de 2018

Auto del 20 de septiembre de 2018: Se remite proceso a despacho del Consejero Dr. César Palomino Cortés para estudio de acumulación.

El 27 de septiembre de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil y el señor Nicolás Ardila Pazmiño, como coadyuvante de la parte demandada, respectivamente, presentaron recurso de súplica contra el auto de medida cautelar.

El 5 de octubre de 2018 el cuaderno de medidas cautelares pasó al despacho de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez para considerar los recursos de súplica interpuestos.

De conformidad con las actuaciones relacionadas, en primer lugar esta Subsección verifica que en el proceso ordinario referido el Consejo de Estado suspendió de manera provisional, como medida cautelar, la actuación administrativa adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil con ocasión del concurso de méritos abierto mediante la Convocatoria No. 427 de 2016, de lo cual puede concluirse que la suspensión decretada sólo cubre las actuaciones a cargo de la CNSC y no las actuaciones que deben ser adelantadas por las demás entidades en el marco del proceso de selección, entendiéndose que los efectos de esta medida cautelar empiezan a producirse una vez ejecutoriada la providencia que la decretó, en los términos del artículo 302 del Código General del Proceso¹⁶.

¹⁶ **ARTÍCULO 302. EJECUTORIA.** Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria

Por lo anterior, teniendo en cuenta que las providencias judiciales sólo producen efectos cuando están ejecutoriadas, es dable concluir que las listas de elegibles conformadas y publicadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que se encontraren en firme antes de la ejecutoria del auto de suspensión provisional del Consejo de Estado, no pueden entenderse afectadas con la decisión adoptada por la Alta Corporación. Así, en el *sub examine* la lista de elegibles conformada en el caso del actor, en la Resolución No. 20182330127165 del 11 de septiembre de 2018, adquirió firmeza el 21 de septiembre de 2018, esto es, con anterioridad a la fecha de ejecutoria del auto proferido por el Consejo de Estado el 20 de septiembre de 2018, que decretó la medida cautelar.

De conformidad con las consideraciones precedentes, la decisión adoptada por la Alta Corporación de lo Contencioso no afectó la firmeza de la lista de elegibles en la que se ubica el accionante en el cuarto orden de elegibilidad, presupuesto que es indispensable constatar para efectuar el nombramiento en período de prueba conforme las fases del concurso de méritos.

Ahora bien, esta Subsección observa que una de las normas que regula la Convocatoria No. 427 –SED Bogotá es la Ley 909 de 2004, cuerpo normativo que en su artículo 11, literal a) prevé que la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá la función de: *“Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley”*¹⁷; facultad en ejercicio de la cual, la CNSC expidió el Acuerdo No. 562 del 5 de enero de 2016¹⁸ que, en cuanto a la realización de audiencia pública para escogencia de empleo, determinó:

“ARTÍCULO 12º. COMPETENCIA PARA REALIZAR LA AUDIENCIA PÚBLICA PARA ESCOGENCIA DE EMPLEO. Es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil realizar las audiencias públicas para la

una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, sólo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.” (Subrayado fuera del texto).

¹⁷ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0909_2004.html#10

¹⁸ “Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004.”

escogencia de empleo por parte de los elegibles para los casos señalados en este capítulo.

ARTÍCULO 13°. DELEGACIÓN PARA REALIZACIÓN DE AUDIENCIA PÚBLICA PARA ESCOGENCIA DE EMPLEO. *La Comisión Nacional del Servicio Civil, a partir de la vigencia del presente Acuerdo, podrá delegar en las entidades la realización de las audiencias públicas de escogencia de empleo.*

PARÁGRAFO. *La delegación deberá expresarse de manera concreta en un acto administrativo, el cual podrá ser de carácter general, sin perjuicio que la CNSC en algún momento del proceso reasuma la función delegada.*

ARTÍCULO 14°. PROCEDIBILIDAD PARA REALIZAR LA AUDIENCIA PÚBLICA PARA ESCOGENCIA DEL EMPLEO. *Cuando la CNSC conforma lista de elegibles para uno o varios empleos reportados por las entidades a la Oferta Pública de Empleos de Carrera, con vacantes en diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar la audiencia de escogencia de empleo, de acuerdo al orden de mérito establecido en la lista de elegibles y de conformidad con el instructivo que para el efecto publique la CNSC.*

ARTÍCULO 15°. LINEAMIENTOS PARA REALIZAR LA AUDIENCIA DE ESCOGENCIA DE EMPLEO.

1. Publicación: *Con la publicación de la firmeza de la respectiva lista de elegibles, la CNSC indicará el empleo o empleos objeto de audiencia de escogencia de empleo, para los cuales se especificará la ubicación geográfica en que se encuentran ubicadas las vacantes a proveer.*

2. Citación: *De conformidad con la delegación efectuada por la CNSC, la citación a la audiencia de escogencia de empleo, la realizará la entidad a través de mecanismos que garanticen la publicidad e inmediatez, en aras de cumplir el término para efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba.*

El término para citar y realizar la audiencia de escogencia de empleo, no podrá superar los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la CNSC publique la firmeza de la lista de elegibles, salvo cuando la entidad requiera realizar la audiencia de forma presencial, caso en el cual contará con cinco (5) días hábiles adicionales al término fijado.

3. Desarrollo de la audiencia: *La audiencia de escogencia de empleo se podrá realizar de manera presencial o virtual, a elección de la entidad, para lo cual ésta debe seguir el instructivo dispuesto por la CNSC para cada una de las modalidades.*

4. Nombramiento en período de prueba: *una vez terminada la audiencia de asignación de empleos, la entidad procederá a realizar el nombramiento en período de prueba de los elegibles.*

(...)

ARTÍCULO 16°. TÉRMINO PARA EL NOMBRAMIENTO EN PERÍODO DE PRUEBA. *Para el caso de empleos objeto de la audiencia de que trata del presente capítulo, el término establecido en el artículo 32 del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015) para efectuar los nombramientos en período de prueba, empezará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de finalización de la audiencia."*

Conforme las disposiciones en cita, se observa que para aquellos eventos en los cuales la CNSC hubiere conformado lista de elegibles para empleos con vacantes en diferente ubicación geográfica, procede la realización de la audiencia especial analizada con el propósito que atendiendo al orden del mérito se escoja el lugar para el ejercicio del empleo; circunstancia que, según lo expresado por las partes en este asunto, aplica para el caso del empleo al que aspiró el accionante y respecto al cual se encuentra en el cuarto lugar del orden de elegibilidad.

La Secretaría de Educación invoca que como quiera que la realización de esta acción es de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil y atendiendo que las actuaciones de esta entidad fueron suspendidas provisionalmente por el Consejo de Estado no es posible continuar con las gestiones tendientes al nombramiento en período de prueba del accionante; sin embargo, la Sala observa que el artículo 13 citado en precedencia prevé que la Comisión puede delegar el ejercicio de esta función, lo que efectivamente acaeció según da cuenta la información consignada en el capítulo de "Normatividad" de la Convocatoria No. 427- SED Bogotá, en el portal web de la CNSC.

La Sala observa que a través de la Resolución No. CNSC 20181000002796 del 14 de agosto de 2018 la Comisión Nacional del Servicio Civil delegó a la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá la programación, organización, citación a elegibles y realización de audiencia pública de escogencia de ubicación geográfica de empleos de la Convocatoria No. 427 – SED Bogotá, delegación que como está demostrado se surtió con anterioridad a la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado y que está contenida en un acto administrativo que se presume legal y que, por ende, es susceptible de producir los efectos jurídicos correspondientes.

En esa medida, la Sala advierte que para proceder al nombramiento en período de prueba del accionante se requiere efectuar una audiencia especial que, en estos momentos, recae en la Secretaría de Educación accionada, en virtud de una delegación que se efectuó con anterioridad a la fecha en la cual la Comisión

Nacional del Servicio Civil debió suspender las actuaciones a su cargo en el marco de la Convocatoria No. 427-SED Bogotá; lo cual no implica declarar que la Comisión pierda esta facultad en virtud de la medida cautelar, como lo sugirió la parte que impugna, sino que implica reconocer los efectos jurídicos de un acto de delegación que se surtió en un momento en el cual no existía ningún impedimento para dicho propósito.

Siendo así, no existe en este momento ninguna justificación para que la Secretaría de Educación se abstenga de continuar el trámite tendiente a proceder al nombramiento en periodo de prueba del actor, al no haberse demostrado la configuración de ninguna circunstancia que afectara la firmeza de la lista de elegibles que integra, ni evidenciado su afectación con ocasión de la suspensión provisional decretada por el Consejo de Estado, de manera que en tales condiciones la Resolución No. 20182330127165 del 11 de septiembre de 2018 es un acto administrativo que se encuentra en firme y que, actualmente, se presume ajustado al ordenamiento jurídico, teniendo los interesados otros medios de defensa ordinarios para controvertir dicha presunción de legalidad, por lo que este acto administrativo produce plenos efectos hasta tanto sea revocado en los términos del procedimiento establecido en la Ley 1437 de 2011, suspendido por autoridad judicial competente o declarado nulo bajo la ritualidad propia de los medios de control correspondientes.

Por lo anterior, como lo sostuvo la Comisión Nacional del Servicio Civil y conforme reiterada jurisprudencia constitucional, las listas de elegibles constituyen actos administrativos de obligatorio cumplimiento, que producen derechos particulares y concretos, por lo que una vez adquieren firmeza son inmodificables y generan la confianza legítima para quien se encuentra en orden de elegibilidad de tener un derecho de ser nombrado en período de prueba para posteriormente, conforme las reglas del concurso, ingresar a la carrera administrativa.

Por lo expuesto, en el proceso de conocimiento de esta Subsección se encuentra acreditado que el señor Abner Figueroa participó en la Convocatoria No. 427 de 2016, aspirando a un cargo de la Secretaría de Educación Distrital, habiendo superado las primeras fases del concurso de méritos para acceder a su empleo público y en razón del puntaje que obtuvo está acreditado que integró la cuarta posición de elegibilidad de la lista de elegibles conformada para la provisión de las cuatro (4) vacantes del empleo que aspiró, es decir, a juicio de esta Corporación

en favor del accionante surgió el derecho a ser nombrado en periodo de prueba una vez en firme la lista de elegibles que integra, actuación que corresponde ser asumida por la entidad nominadora, es decir, la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, previo agotamiento del trámite correspondiente a la audiencia pública para la escogencia del empleo.

En consonancia con lo anterior, la negativa de la entidad distrital accionada para continuar con el trámite tendiente al nombramiento en periodo de prueba del accionante vulnera sus derechos al debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos, pues no ha cumplido con la carga derivada de las normas de la convocatoria, impidiendo al interesado acceder y desempeñarse en el cargo que aspiró y respecto del cual está en una lista de elegibles, pese a que las condiciones fijadas en la convocatoria le garantizaban que si cumplía con las condiciones de superar las etapas del concurso y ocupar un puesto en orden de elegibilidad, se procedería a su nombramiento en periodo de prueba.

Por las consideraciones precedentes, la Sala comparte la decisión de amparo adoptada por el A quo, pese lo cual modificará los ordinales primero y segundo del fallo de primera instancia y, en su lugar, amparará los derechos al debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos del accionante, para cuya protección se ordenará al Secretario de Educación del Distrito de Bogotá, al Jefe de Personal de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá y al Director Local de Educación de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá que, en el marco de sus competencias y en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, se realicen las actuaciones administrativas que correspondan para proceder al nombramiento en periodo de prueba del señor Abner Figueroa Gómez en el cargo de Profesional Universitario Código 219-Grado 18, de conformidad con la lista de elegibles conformada en la Resolución No. CNSC 20182330127165 del 11 de septiembre de 2018; nombramiento que debe efectuarse a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, debiendo respetar el estricto orden descendente de la lista de elegibles y garantizar los derechos de las personas a favor de quienes se hubiere emitido orden judicial de nombramiento con anterioridad a esta decisión.

Asimismo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos amparados del actor, se ordenará al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil

que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, facilite a la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá las herramientas tecnológicas que administra a efectos que se puedan realizar las consultas y verificaciones que se requieran para efectuar el nombramiento en período de prueba ordenado.

Finalmente, en cuanto a la invocada vulneración del derecho a la igualdad, se advierte que la connotación constitucional de este derecho implica constatar un trato igual para los iguales y desigual para los desiguales, sin que el accionante hubiere demostrado que una persona en condiciones similares a la suya hubiere recibido un tratamiento diferente por parte de las entidades accionadas, siendo pertinente resaltar que si bien allegó al expediente antecedentes de acciones constitucionales de casos que estimó similares al suyo y en los cuales se ordenó el nombramiento en período de prueba de los accionantes, estas pruebas no son idóneas para efectuar un juicio de igualdad, en tanto los nombramientos que se hubieren efectuado en cumplimiento de estas decisiones judiciales no constituyen decisiones autónomas de la Administración, sino que corresponden a acciones tendientes a ejecutar órdenes judiciales, que por demás tienen efectos *inter partes*; por lo que se adicionará el fallo impugnado, en el sentido de negar el amparo del derecho a la igualdad del señor Abner Figueroa.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "A", Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCANSE los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2018 por el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: TUTÉLANSE los derechos al debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos del señor Abner Figueroa Gómez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDÉNASE al Secretario de Educación del Distrito de Bogotá, al Jefe de Personal de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá y al

Director Local de Educación de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá que, en el marco de sus competencias y en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, se realicen las actuaciones administrativas que correspondan para proceder al nombramiento en período de prueba del señor Abner Figueroa Gómez en el cargo de Profesional Universitario Código 219- Grado 18, de conformidad con la lista de elegibles conformada en la Resolución No. CNSC 20182330127165 del 11 de septiembre de 2018; **nombramiento que debe efectuarse a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, debiendo respetar el estricto orden descendente de la lista de elegibles y garantizar los derechos de las personas a favor de quienes se hubiere emitido orden judicial de nombramiento con anterioridad a esta decisión.**

En el término señalado se deberá acreditar el cumplimiento de las órdenes impartidas ante el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

TERCERO: ORDÉNASE al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, facilite a la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá las herramientas tecnológicas que administra a efectos que se puedan realizar las consultas y verificaciones que se requieran para efectuar el nombramiento en período de prueba ordenado.

En el término señalado se deberá acreditar el cumplimiento de la orden impartida ante el Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

SEGUNDO: ADICIÓNASE la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2018 por el Juzgado 27 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en el sentido de negar el amparo del derecho a la igualdad del señor Abner Figueroa Gómez.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: COMUNÍQUESE la decisión adoptada al Juzgado Veintisiete (27) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

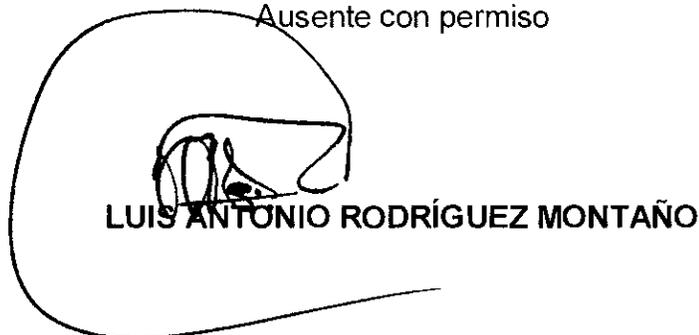
Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ

AMPARO NAVARRO LÓPEZ

Ausente con permiso


LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO