

54

- desiertos, entre ellos dos vacantes para Gestor T1 Grado 11, los cuales fueron señalados en la Resolución N° CNSC -20162000007155.
- 1.9. El 3 de agosto de 2016, a través de radicado N° 20165400277171, la Agencia Nacional de Minería le respondió que los lineamientos para proveer los cargos de carrera administrativa estaban establecidos en la Ley 387 de 1993 y señaló que la Comisión Nacional del Servicio Civil era la competente para conformar, organizar el Banco Nacional de Lista de Elegibles y asimismo determinar la similitud de los empleos.
 - 1.10. Mediante Resolución N° CNSC – 20162320032625 del 20 de septiembre de 2016, se establecieron varios cargos a proveer, declarados desiertos, por lo cual el accionante presentó el 19 de octubre de 2016 petición ante la Agencia Nacional de Minería¹, radicado N° 20165510336962 solicitando la evaluación del cumplimiento de sus requisitos mínimos de estudios o experiencia establecidos para poder ocupar un empleo declarado desierto, para Gestor T1 Grado 11, en especial los identificados con código OPEC N° 206904, OPEC N° 206929 o Gestor T1 Grado 10.
 - 1.11. La ANM en su respuesta a la petición señaló que, frente a los empleos de carrera administrativa en vacancia, operaban los mecanismos de provisión definitiva por un servidor público que reúna las condiciones; además, que el competente para el análisis de pertinencia del uso de elegibles cuando la lista se encuentra agotada corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.
 - 1.12. Afirma el accionante que a pesar de estar en lista de elegibles y pudiendo ser nombrado, teniendo en cuenta que existen vacantes, tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la Agencia Nacional de Minería nombraron a otras personas en provisionalidad.
 - 1.13. Expresó que a la fecha se encuentra sin trabajo y no puede proveer las necesidades mínimas de él y las de su familia, pese a que superó un concurso de méritos.
 - 1.14. Cuando trabajaba en la ANM devengaba un salario digno, que le permitía solventar todo lo que su familia necesitaba, además, vivía en una casa digna y a raíz de su desempleo se trasladó junto con su familia a una alcoba donde tienen que dormir los tres, afectando así la alimentación, vivienda digna y recreación de su familia y en especial la de su hijo.
 - 1.15. Finalmente expuso que mientras trabajaba en la ANM su aspiración era adquirir una vivienda propia por lo cual entregó sus cesantías como cuota inicial y además adquirió un préstamo que no ha podido consolidar por no tener los medios para pagarlo.

2. PRETENSIONES

El accionante solicitó lo siguiente:

«Ampararme como padre cabeza de familia y tutelar mi derecho fundamental al trabajo, al mínimo vital, y como consecuencia de ello, proteger los derechos constitucionales de mi menor hijo DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ y los de mi familia, a la educación y alimentación a la vivienda digna, en consecuencia ordenar a la Comisión Nacional del servicio Civil, como a la Agencia Nacional de Minería, que en un término no mayor a 48 horas se me nombre a ocupar el cargo de Gestor T1 Grado 11, o en su defecto Gestor T1, grado 10, en la Agencia Nacional de Minería en la ciudad de Bogotá, (en especial empleos identificados con código OPEC NO 206904, OPEC N° 206929) ». (fols. 50 – 51).

3. INFORMES

3.1. La Comisión Nacional del Servicio Civil. Mediante escrito obrante a folios 61 y s.s. el señor VÍCTOR HUGO GALLEGU CRUZ, obrando en representación de la entidad, señaló que la acción de tutela es improcedente, teniendo en cuenta que con ella se pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos encaminados a determinar la procedencia de excluir o no al accionante de la lista de elegibles, los cuales surten efectos ya que no han sido declarados nulos y por lo tanto el señor GONZÁLEZ GONZÁLEZ cuenta con otros mecanismos de defensa como son los medios de control.

Por otra parte, consideró que no se configura un perjuicio irremediable, ya que no está debidamente acreditada la inminencia, urgencia, gravedad y carácter impostergable de la salvaguarda.

¹ En adelante ANM.

83

Que las listas de elegibles generan un derecho adquirido a quienes, se sometieron a un proceso de selección y ocupan las primeras posiciones y como consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos en los cuales concursaron, a diferencia de los elegibles, que en razón de su puntaje no obtuvieron una posición meritoria que les generara el derecho a ser nombrados, por lo que les asiste una expectativa frente al uso de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

La conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del banco nacional de listas para la agencia nacional de minería se encuentra regulado por el Acuerdo No. 562 de 2016 de la CNSC, que derogó el Acuerdo 159 de 2011, lo anterior en cumplimiento a las disposiciones previstas en el literal e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004.

Resaltó que la Agencia Nacional de Minería no ha solicitado a la Comisión Nacional del Servicio Civil el uso de la lista de elegibles para proveer los empleos Nos. 206904 y 206919, denominados Gestor, Código T1, Grado 11 declarados desiertos mediante Resolución N° 3262 del 20 de septiembre de 2016, tal como consta en la certificación expedida por la Coordinadora de Provisión de Empleo Público de la CNSC. Por ende la CNSC ha dado correcta aplicación de las normas que rigen el concurso y ha garantizado los derechos fundamentales de los aspirantes, al momento de inscribirse al concurso.

Finalmente solicitó se declare improcedente la acción de tutela por la inexistencia de violación de derechos fundamentales.

3.2 La Agencia Nacional de Minería

Señaló que el retiro del señor DANIEL FERNANDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ de la entidad se inició con la expedición de la Resolución N° 20162000008185 del 16 de marzo de 2016 por parte de la CNSC en la cual conformó la lista de elegibles para proveer una vacante para el empleo con identificación OPEC 206944 Gestor Código T1 grado 11, donde el accionante ocupó la segunda posición.

Por lo anterior se le desvinculó a través de la Resolución No. 219 de 14 de abril de 2016, y se nombró en periodo de prueba a la señora LAURA LIGIA GOYENECHÉ MENDIVELSO, ocupante del primer puesto en la lista de elegibles, quien tomó posesión del cargo el 2 de mayo de 2016. Además, el accionante no acreditó la condición de padre cabeza de familia.

Indicó que no es posible acceder a su solicitud de ser nombrado en uno de los empleos que fueron declarados desiertos dentro de esa convocatoria, por cuanto conforme a lo señalado por la Ley 909 de 2004 la lista de elegibles en que aparece el accionante no se encuentra agotada y tiene una vigencia de 2 años, es decir, hasta el 30 de marzo de 2018. En consecuencia, por estar aún vigente la misma sólo podrá ser utilizada para proveer la vacante que se produzca por alguna de las causales de retiro del servicio de quien ocupa el empleo actualmente.

Finalmente consideró que la acción de tutela impetrada por el accionante es improcedente por no existir violación a sus derechos fundamentales y no acreditar la materialización del perjuicio irremediable; adicionalmente afirma que no se cumple el requisito de subsidiariedad.

4. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “C”, mediante providencia de 28 de febrero de 2017 tuteló los derechos fundamentales al trabajo, el acceso a los cargos públicos y el mínimo vital del señor DANIEL FERNANDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, trasgredidos por la Agencia Nacional de Minería y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Para tal efecto indicó, que de las solicitudes formuladas por el accionante y de las repuestas emitidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, esta entidad consideró que la competencia para el uso del banco nacional de las listas de elegibles recae en la autoridad que convoca a

concurso abierto de méritos para proveer los empleos pertenecientes al sistema de carrera administrativa, y en ese sentido es que la Agencia Nacional de Minería, quien debe hacer la solicitud ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

No obstante la ANM, remitió en repetidas oportunidades al accionante a realizar un trámite ante la CNSC, que no es de competencia del demandante dado que él mismo ha efectuado solicitudes formales de la provisión de empleos identificados con el No. OPEC 206904 y 206929, cargo gestor T1 grado 11, en vista de que las listas de elegibles convocadas para la ciudad de Bogotá de los empleos en mención no han sido provistos en su totalidad, toda vez que para cada cargo existían dos vacantes y de los verificados en las Resoluciones No. CNSC-20162000007155 de 7 de marzo de 2016, CNSC-20162320012255 de 7 de abril de 2016, cada lista fue conformada por sólo un elegible, quedando disponible una vacante.

Por tanto como para los empleos identificados con el No. OPEC 206904 y 206929, cargo gestor T1 grado 11, se conformó con un número menor al de vacantes ofertadas, la Agencia Nacional de Minería estaba en el deber constitucional y legal de estudiar la solicitud formulada por el accionante en cuanto a la provisión del empleo, teniendo en cuenta que la entidad con el registro de elegibles puede proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos como entidad convocante.

En consecuencia, ordenó a la Agencia Nacional de Minería y la Comisión Nacional del Servicio Civil para que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, diera inicio a la actuación administrativa y realizara el estudio pertinente de los requisitos específicos con que cuenta el accionante para determinar si cumple con las especificaciones requeridas para los empleos OPEC 206904 y 206929, cargo gestor, T1, grado 11, con similitud funcional, donde ocupó el segundo lugar. Asimismo, que solicitara a la Comisión Nacional del Servicio Civil se le permita el uso de los elegibles del Banco Nacional de las listas de elegibles, para proveer las vacantes de los empleos referidos donde no haya suficientes elegibles para las vacantes convocadas o que ellas mismas se hayan declarado desiertas, sólo cuando los empleos para los que hace su postulación el accionante, cuenten con similitud de funciones, que deberán ser cubiertos en el orden descendente, de acuerdo a lo consagrado en la Ley 909 de 2004 y el Acuerdo 562 de 2016.

Finalmente, ordenó allegar al proceso la orden de cumplimiento otorgando un plazo máximo de dos meses para decidir sobre la provisión de los cargos vacantes para que sean nombrados de la lista de elegibles vigentes².

5. LA IMPUGNACIÓN

5.1 La Agencia Nacional de Minería, interpuso impugnación contra la anterior providencia (fol. 107 y ss.), al expresar que no comparte las consideraciones expresadas por el Tribunal, porque no se ajustan a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni el derecho impetrado.

Reiteró que en ningún momento se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el accionante, toda vez que a las solicitudes que instauró se le dio respuesta y se dejó clara la normatividad aplicable al concurso de méritos, además que se hizo la respectiva remisión a la entidad competente para definir lo solicitado por el accionante.

Consideró que el Tribunal no valoró adecuadamente las pruebas allegadas al proceso, ni la normatividad aplicable al caso, por lo que solicitó revocar la decisión del *A quo*, que amparó los derechos fundamentales del accionante y solicitó que se niegue por improcedente.

Adicionalmente como petición especial, con el fin de proteger los derechos fundamentales de terceros que se puedan ver lesionados con el fallo, solicitó la suspensión de los efectos de la orden impartida por el Tribunal hasta que se profiera el fallo definitivo de segunda instancia.

6. PRONUNCIAMIENTOS EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1. El señor DANIEL FERNANDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, manifestó, frente a la impugnación promovida por la Agencia Nacional de Minería, que la acción de tutela que instauró no tiene

² Fol. 97

87

como objeto proteger su derecho de petición como señala la ANM, toda vez que él mismo anexó las diferentes contestaciones a sus solicitudes.

Reiteró que la tutela que presentó tuvo como fin que la ANM y CNSC, le nombraran en cualquiera de los cargos con similitud funcional, pues la CNSC lo enviaba a la ANM y viceversa, situación que ha persistido por más de ocho meses.

Dijo que el fallo se profirió conforme a derecho y no vulneró los derechos de terceros, pues fue declarado desierto el concurso para los cargos a los que quiere acceder, que son idénticos al que concursó y que fueron ofertados en la misma convocatoria.

Asimismo resaltó que la decisión fue acatada por la CNSC la cual después de realizar el estudio técnico constató la viabilidad de hacer uso de la lista de elegibles, ordenando su nombramiento, por lo que la ANM no tiene por qué impugnar, más cuando su argumento siempre fue que quien tenía la obligación de hacer la provisión del cargo era la CNSC.

Por lo anterior, solicitó que se mantenga el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

6.2. La Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de su apoderado judicial, allegó escrito a folios 101 y subsiguientes, en el cual manifestó que en cumplimiento a la orden de tutela proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, procedió a realizar el estudio técnico de similitud funcional realizado bajo los parámetros establecidos en el Acuerdo No. 562 de 2016 y la normatividad vigente para el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

Así las cosas, la CNSC, al proceder a realizar el estudio técnico, determinó que agotados los primeros órdenes de provisión de que trata el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015, se constató la viabilidad de hacer uso de la lista de elegibles.

Por tanto profirió el Oficio No. 20171020088861 de 6 de marzo de 2017, por medio del cual se autorizó el uso directo de la lista de elegibles, con cobro para proveer una vacante del empleo No. 206929 y una vacante del empleo No. 206904, ofertados en la Convocatoria No. 318 de 2014 y cuyo concurso se declaró desierto mediante la Resolución No. 3262 de 20 de septiembre de 2016.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, esta Sala es competente para conocer la presente impugnación contra el fallo proferido por el Tribunal, dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico

Vistos los antecedentes del caso, el problema jurídico central sobre el que esta Sala de Subsección debe pronunciarse, consiste en determinar si la Agencia Nacional de Minería y la Comisión Nacional del Servicio Civil trasgredieron los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos del accionante, quien hace parte del banco de elegibles del cargo gestor T1 grado 11, al omitir realizar el procedimiento correspondiente contemplado en el Acuerdo 562 de 2013, para su nombramiento en los cargos identificados con los Nos. OPEC 206904 y 206929, cargo gestor T1 grado 11, en la Agencia Nacional de Minería, cuyas convocatorias se declararon desiertas.

Con este propósito, la Sala deberá establecer previamente la procedencia de la acción de tutela, y en caso afirmativo analizará si las accionadas trasgredieron los derechos fundamentales del accionante.

3. La acción de tutela como mecanismo excepcional para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.

58

A partir de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, se tiene que la acción de tutela ostenta un carácter residual, en tanto que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro mecanismo judicial que permita la protección de sus derechos fundamentales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³.

Ahora bien, es necesario advertir, que no basta con la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sino que éste deberá ser eficaz en cuanto al fin pretendido por el ciudadano, apreciación que implica la realización de un estudio minucioso del mecanismo judicial previsto por el ordenamiento jurídico, y establecer, además, la idoneidad del mismo para lograr el propósito perseguido, es decir, el cese de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Igualmente, el juez de tutela deberá realizar un estudio de las circunstancias del caso concreto en que se encuentra el solicitante.

Concretamente en materia de concursos públicos, la Corte Constitucional ha considerado que si bien, en principio, podría sostenerse que los afectados por una presunta vulneración de sus derechos fundamentales podrían controvertir las decisiones tomadas por la administración -las cuales están contenidas en actos administrativos de carácter general o de carácter particular- mediante las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo, hoy CPACA, se ha estimado que éstas vías judiciales no son idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.⁴

De igual manera, el Tribunal Constitucional ha señalado que sin perjuicio de su naturaleza residual, la acción de tutela «es un mecanismo procedente para proteger los derechos de quienes han participado en concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera en las entidades estatales y han sido seleccionados, en la medida en 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»⁵, providencia en la que reiteró una línea decisoria frente al tema específico:

«5.1. La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede 'desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto'⁶, en aquellos casos en que el mecanismo alternativo no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos⁷.

5.2. Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a

³ Reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece que "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto", sin embargo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° *ibídem*, ésta acción no procede cuando existen otros medios de defensa judiciales, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En esto consiste su condición de medio judicial subsidiario. Ese mecanismo alternativo, según reiterada jurisprudencia constitucional, debe ser eficaz, pues de no serlo, la tutela no procede como medio judicial de protección de los derechos fundamentales.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-532 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Sentencia T- 156 de 2012, con ponencia de la Magistrada Dra. María Victoria Calle Correa.

⁶ Sentencia T-672 de 1998.

⁷ Sentencia SU-961 de 1999.

extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular⁸.»⁹

Al ser formalmente procedente por las razones que se acaban de transcribir, la Sala de Subsección entrará a examinar la acción de tutela interpuesta por el señor DANIEL FERNANDO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, quien señala que pese a hacer parte del banco de elegibles para el cargo gestor T1 grado 11, la Agencia Nacional de Minería y la Comisión Nacional del Servicio Civil omitieron realizar el procedimiento correspondiente contemplado en el Acuerdo 562 de 2013, para su nombramiento en los cargos identificados con el No. OPEC 206904 y 206929, cargo gestor T1 grado 11, cuyas convocatorias se declararon desiertas.

4. Del fondo del asunto.

4.1. El acceso a la carrera administrativa a través del concurso de méritos.

El artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en que el Estado cuente "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, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública"¹⁰.

Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

Ahora bien, la importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por la Corte Constitucional en C-588 de 2009, donde se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1º constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

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"¹¹, 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.

⁸ Sentencia T-175 de 1997.

⁹ Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; aclaración de voto del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. En esta misma línea, en las sentencias SU-133 de 1998 y SU-086 de 1999 la Corte explicó: "...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". Ver, en el mismo sentido, la sentencia SU-613 de 2002.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional sentencia SU-086 de 1999.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo.

600

Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera son 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 2004¹².

4.2. Provisión de empleos de carrera administrativa a través de listas de elegibles.

En cuanto interesa al caso, es necesario recordar, que en sentencia SU – 446 de 2011, la Corte Constitucional estableció que «es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto».

5. Caso concreto.

En lo que se refiere al caso que nos ocupa, la Agencia Nacional de Minería, no cuenta con un régimen especial de carrera por lo que se rige para ello, por las disposiciones consagradas en la Ley 909 de 2004. En este sentido, correspondió a la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantar la convocatoria a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera de esa entidad, que se llevó a cabo mediante el Acuerdo No. 518 de 24 de abril de 2014, por el cual se convocó a concurso de abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la ANM, Convocatoria No. 318 de 2014.

Allí se convocaron, entre otros, 25 cargos de nivel profesional denominados Gestor T1 Grado 11¹³.

El señor DANIEL FERNANDO GONZÁLEZ participó para el cargo Gestor T1 Grado 11, adscrito a la Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera perteneciente al Grupo de Seguimiento Control Zona Centro, identificado dentro de la convocatoria con el No. OPEC 206944, que es el que venía desempeñando en provisionalidad¹⁴.

Agotadas las mencionadas etapas del proceso de selección, se conformó la lista de elegibles a través de la Resolución No. 20162000008185 de 16 de marzo de 2016, para proveer ese empleo, en el cual el accionante ocupó el segundo lugar, luego de la señora LAURA LIGIA GOYENECHÉ MENDIVELSO, quien fue nombrada en periodo de prueba en el citado cargo a través de la Resolución No. 219 de 14 de abril de 2016, acto en el cual también se desvinculó al accionante (fols. 6 y s.s.).

¹² 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.

¹³ <https://www.cnscc.gov.co/index.php/318-de-2014-agencia-nacional-de-mineria-opez>

¹⁴ Así lo indica la Resolución No. 219 de 14 de abril de 2016, por medio de la cual se desvincula a un funcionario nombrado en provisionalidad y se efectúa un nombramiento en periodo de prueba (fol. 6).

Ahora bien, los cargos a los cuales el accionante aspira ser nombrado, al pertenecer al banco de elegibles, son los identificados con los códigos OPEC **206904 y 206929, ambos del nivel profesional Gestor Código T1 y Grado 11, que fueron convocados en la misma convocatoria No. 318 de 2014.**

Para el primero de ellos, es decir, el identificado con el No. OPEC **206904**, se conformó lista de elegibles para proveer **dos vacantes**, a través de la Resolución No. 20162000007155 de 7 de marzo de 2016, en la que se relacionó únicamente al señor OSCAR DARÍO PÉREZ RESTREPO. (fol. 26).

Para el segundo, identificado con el OPEC No. 206929, se conformó la lista de elegibles a través de la Resolución No. 20162320012255 de 7 de abril de 2016, para proveer dos vacantes, relacionando únicamente al señor FABIO ANTONIO GUTIÉRREZ CAMACHO. (fols. 28 y s.s.).

En ambas resoluciones se estableció en el artículo 5º, que una vez sea provisto definitivamente el empleo para el que se conforma la lista de elegibles por medio de ese acto administrativo y, en el evento en que agotada la lista respectiva, se verifique que quedaron vacantes por proveer, se procederá a declarar desierto el concurso de las mismas **y su provisión definitiva se realizará con fundamento en lo establecido en el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto No. 1894 de 11 de septiembre de 2012, y el parágrafo del artículo 30 del Decreto No. 1227 de 2005, hoy contenidos en el artículo 2.2.6.19 del Decreto 1083 de 2015.**

Por lo anterior, el accionante dio inició al siguiente trámite administrativo ante las entidades accionadas:

- A través de correo electrónico de 7 de junio de 2016, solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, se le indicara el procedimiento para ocupar un cargo con similitud funcional conforme al Acuerdo 562 de 5 de enero de 2016. (fol.12.)
- La CNSC, a través de la Gerente de la Convocatoria, le contestó al accionante el mismo día, que cuando el empleo no cuenta con elegibles, la entidad debe proceder a hacer uso de las listas, en estricto orden de méritos. En virtud de lo anterior, la similitud funcional hace referencia a que la entidad debe proceder a realizar el análisis funcional de la vacante del empleo que no cuenta con elegibles pero que tenga similitud en cuanto al nivel jerárquico, ingreso salarial, y funciones. De lo contrario, la entidad debe proceder a hacer uso de las listas de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 del Acuerdo 562 de 2016. (fol. 12).
- Posteriormente, a través de correo electrónico de 29 de septiembre de 2016, el accionante solicitó a la CNSC se le indicara nuevamente el procedimiento para el nombramiento definitivo para ocupar un cargo con similitud funcional de conformidad con el artículo 22, literales b y c del Acuerdo 562 de 2016, teniendo en cuenta que se iba a declarar desierta la convocatoria para varios cargos, entre ellos, el identificado con el No. OPEC206904.
- Sin embargo, en correo electrónico del mismo día (fol. 14) la CNSC le indicó que la responsabilidad de la entidad llegaba hasta la expedición y firmeza de las listas de elegibles conformadas para la Convocatoria 318 de 2014 y, que en caso de que un elegible no acepte el nombramiento, es deber de la entidad hacer uso de las listas y contactarse con el elegible que por orden de mérito ocupó la siguiente posición en la lista. Agregó además:

«En caso de que no haya elegible, la entidad debe hacer uso de las listas restantes siempre y cuando los elegibles cumplan con los requisitos mínimos de estudio o experiencia establecidos para el empleo declarado desierto, remitiendo el estudio para aprobación de la CNSC». Se resalta.

- Posteriormente, el 31 de octubre de 2016, el accionante pidió a la CNSC realizar la evaluación del cumplimiento de los requisitos mínimos de estudio o experiencia

2

establecidos para ocupar empleos declarados desiertos, en virtud de la Resolución No. 20162320032625 de 20 de septiembre de 2016, en el marco de la Convocatoria No. 318 de 2014 de la ANM, especialmente para los empleos OPEC No. 206904 y 206929. Además, indicó que el señor OSCAR PÉREZ no había aceptado el nombramiento dentro de la convocatoria No. 206904, con lo que para ese cargo eran dos vacantes para proveer. (fol.15).

- La CNSC, dio respuesta al accionante a través de Oficio de 16 de noviembre de ese año, en el que le indicó que teniendo en cuenta que la firmeza de las listas de los empleos a los que hace referencia en la petición ya se surtió, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, en la cual se compilan los Decretos 1227 de 2005 y 1894 de 2012, la provisión definitiva a través del uso de listas de elegibles, únicamente aplica para proveer vacantes que han sido objeto de concurso al cual aplicó y no para otras. (fols. 16 – 17).
- La Agencia Nacional de Minería profirió el Oficio de 3 de agosto de 2016, dirigido al accionante, en similar sentido, en el que le informó que las listas de elegibles solo pueden ser utilizadas para proveer las vacancias definitivas en los mismos empleos inicialmente provistos. Sin embargo, le indicó que **podía acudir a la CNSC pues era la entidad encargada de organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles y determinar la similitud funcional de los empleos de carrera mediante el uso de listas de elegibles, conformadas en desarrollo de los respectivos procesos de selección.** (fols. 18 – 19).
- Finalmente el accionante, a través de oficio de 18 de octubre de 2016, le solicitó a la Directora de la Agencia Nacional de Minería, adelantar el trámite correspondiente remitiendo el estudio de cumplimiento de los requisitos mínimos de estudios y experiencia a la CNSC, teniendo en cuenta que su experiencia es específica en el sector para los cargos declarados desiertos, por no contar con listas de elegibles en especial para los empleos identificados con Códigos OPEC No. 206904 y OPEC 206929. (fol. 20)
- Por lo anterior, la ANM dio respuesta el 28 de octubre de 2016, en la que le indicó que de acuerdo a lo establecido por la CNSC en el Acuerdo 562 de 5 de enero de 2016, esa entidad es la encargada de adelantar la evaluación de las listas de elegibles que puedan utilizarse en la provisión de empleos diferentes para los cuales fueron conformadas y que implica el análisis de las listas conformadas para la entidad o que conformen el Banco Nacional de Listas de Elegibles, los perfiles del aspirante e incluso el tipo de prueba que haya sido aplicada en cada caso. Que la ANM no podía realizar nombramientos en período de prueba que no hayan sido ordenados por la CNSC como resultado de una convocatoria pública de empleos (fols. 22-24).

Las anteriores respuestas, hacen colegir, como bien lo señala el accionante, que las entidades en desconocimiento de lo señalado por el Acuerdo 562 de 2016, le dieron respuestas contradictorias y ambiguas a su solicitud, pues de una parte, acudieron a la falta de competencia, en otras se le dijo que era la ANM la que debía realizar la solicitud a la CNSC y ésta le dijo que en caso de que no hubiere elegible, la entidad debe hacer uso de las listas restantes siempre y cuando los elegibles cumplan con los requisitos mínimos de estudio o experiencia establecidos para el empleo declarado desierto, remitiendo el estudio para aprobación de la CNSC. Sin embargo, como se vio la ANM dijo, que éste estudio debía realizarse por parte de la CNSC.

Ahora bien, la norma a que aluden las entidades se trata del Acuerdo No. 562 de 5 de enero de 2016, 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».

Esta norma dispone en su artículo 11 sobre el uso de las listas de elegibles lo siguiente:

«Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Corresponde a la CNSC remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o persona delegada para ello), la lista de personas con las cuáles se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto

B

del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente Acuerdo.

Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, **o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista.»** Se resalta.

Ahora bien, en este caso, se declaró desierta la convocatoria para los cargos de Profesional, Gestor T1, Grado 11, identificados con los Nos. OPEC 206904 y 206929, razón por la cual debía continuarse con el procedimiento establecido en el Acuerdo No. 562 de 2016. Es decir:

1. Agotar los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), norma que dispone:

«Artículo 1°. Modificase el artículo 7° del Decreto número 1227 de 2005, el cual quedará así:

“Artículo 7°. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

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

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

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

7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

(...)).

2. Agotado el orden anterior y en atención a que se declaró desierta la convocatoria para las vacantes restantes de las OPEC 206904 y 206929, deberá realizarse el nombramiento a través de listas de elegibles conformadas para la entidad respectiva y en estricto orden de méritos, conforme se colige del artículo 25 del Acuerdo 562 de 2016¹⁵.

¹⁵ «Artículo 25°. Uso de las listas de empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos.

Conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 30 del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), los empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos por la CNSC, serán provistos de manera definitiva, siguiendo el orden de prioridad de que trata el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015).