

RAD_BARRAS

Al responder cite este número:

RAD_S

Bogotá D.C., F_RAD

Informe técnico con ocasión a la Acción de Tutela instaurada por la señora **Ligia Marlene Oñate Paz y otras**

1. Pretensiones la accionante

2. Problema Jurídico

Teniendo en cuenta las pretensiones la accionante, el problema jurídico consiste en determinar si hay lugar a autorizar el uso de listas por parte de la CNSC.

Para efectos metodológicos, el estudio del asunto se desarrollará en el siguiente orden:

2.1 Reporte de información

En lo relativo a la información de las novedades que impacten la conformación de las listas de elegibles es menester traer a colación el deber de las entidades establecido en el artículo 33 del Acuerdo 562 de 2016, proferido por esta Comisión Nacional, cuyo tenor señala:

«Reporte de Información. Las entidades que se rigen por la Ley 909 de 2004, deberán reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de los medios electrónicos o físicos determinados para el efecto, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, calificación del período de prueba, renunciaciones presentadas y demás situaciones que puedan afectar la conformación y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad»¹

En congruencia con lo anterior el Artículo 4 del Acuerdo 873 de 2019 erigió que *“La OPEC deberá mantenerse actualizada, razón por la cual cada vez que se produzca una nueva vacante definitiva o un cambio en su información, la entidad deberá efectuar la actualización o modificación correspondiente, a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ocurrencia de la novedad.”*

Aunado a lo anterior resulta procedente señalar que el 27 de junio de 2019 el Gobierno Nacional expidió la Ley 1960 por la cual por la cual se modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictaron otras disposiciones, acatando lo allí dispuesto la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020 profirió criterio unificado *“uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”* el cual señala, que *“(…) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección*

¹ Derogado por el Acuerdo 165 de 2020 el cual al respecto indica “ARTICULO 6°. Reporte de Información sobre provisión y uso de listas. Las entidades deberán reportar a la CNSC por el medio que esta disponga, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, derogatorias, revocatorias, renunciaciones presentadas y demás situaciones que puedan afectar el orden de provisión y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad.”

aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su **vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”** (subrayado y negrita fuera de texto)

Teniéndose como mismo empleo, aquel con **igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes**; criterios con los que se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección, en consonancia con lo anterior y en pro de establecer un lineamiento que permita a las entidades dar aplicación al aludido criterio la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió Circular Externa Nro. 0001 de 2020 en la cual se fijó el procedimiento para el reporte de las vacantes que serán provistas con listas vigentes de mismos empleos en virtud del criterio unificado de uso de listas en el contexto de la ley 1960.

2.2 Del empleo objeto de concurso

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco de la Convocatoria Nro. 426 de 2016, la E.S.E Hospital Universitario Departamental de Nariño ofertó **diecinueve (19) vacantes** para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 9391 Denominado Enfermero, Código 243, Grado 8, agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. 20192110010655 del 22 de febrero de 2019 se conformó Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, **lista que estará vigente hasta el 07 de abril de 2021.**

2.3 De los mismos empleos y los empleos equivalentes

La Ley 909 de 2004 define **empleo** como “*el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*” Y así mismo determina que debe contener cada empleo en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, es decir la descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular; y el perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo.

En virtud de lo anterior habrá de entenderse “**mismos empleos**”, como aquellos a los que corresponde igual **denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes**; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC²

En este sentido, “mismo empleo” corresponde a un empleo **exactamente igual** en todos los componentes descritos y definidos anteriormente, es decir denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, **siendo este el requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado**

² Definición Criterio Unificado uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”

en el empleo para el que concurso y demostró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección.

Ahora bien, habrá de entenderse que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas **funciones iguales o similares**, para su desempeño se exijan **requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales y correspondan al mismo nivel jerárquico con un grado salarial igual**.

En este sentido, para determinar si un empleo es “equivalente” a otro se deberá analizar la similitud de funciones, de requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales así como el nivel jerárquico y grado salarial, proceso que inicia con la revisión y selección de los empleos de las listas de elegibles vigentes que se enmarcan en un mismo nivel jerárquico y grado salarial, en segundo lugar, la revisión ya sea de las disciplinas o de los núcleos básicos del conocimiento según corresponda, del tipo y tiempo de experiencia, así como de las competencias de cada uno de los empleos, para finalmente analizar y determinar la similitud de funciones, proceso que requiere de un análisis técnico detallado para determinar el contenido temático de las mismas.

2.4 Estado de los elegibles en el proceso de selección

El acuerdo No. 562 de 5 de enero de 2016³, norma aplicable a la convocatoria en cuestión, reglamentó 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, la cual puede ser consultada a través del siguiente enlace <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad/acuerdos>.

La citada norma en su artículo 3, numerales 2 y 3, define los conceptos de elegible y lista de elegibles, así:

***“Elegible:** Se refiere a todo aquel concursante que habiendo superado la totalidad de las pruebas eliminatorias del proceso de selección y cumplido los criterios señalados en la convocatoria, se encuentra en la lista de elegibles conformada por la CNSC para un empleo específico.*

***Esta condición se ostentará durante el término de vigencia de la lista⁴**, salvo que el elegible sea nombrado en un empleo igual al que concursó o similar funcionalmente, casos en los cuales se generará el retiro del elegible de la lista.*

***Lista de elegibles:** Es el listado que conforma la CNSC a través de acto administrativo y que ordena a los elegibles en estricto orden de mérito a partir de los resultados obtenidos en el proceso de selección para la provisión de un empleo específico”. (Resaltado fuera de texto).*

Es así como, una vez conformadas las listas de elegibles para proveer por mérito las vacantes definitivas de los empleos objeto de concurso se genera para quienes las integran dos situaciones: **i)** para quien se encuentre en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, se configura el derecho a ser nombrado en período de prueba en el empleo aspirado; y **ii)** para quienes no ocuparon una posición meritatoria dentro de la lista de elegibles, surge la **expectativa** de ser nombrado ante la generación de nuevas vacantes, lo anterior, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia.

³ Derogado por el Acuerdo No. 165 del 12 de marzo de 2020.

⁴ Dos (2) años de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, **toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección**⁵, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.

2.5 Procedencia del uso de la lista de elegibles

En relación con el uso de listas de elegibles, es preciso indicar que el literal e) del artículo 11, de la Ley 909 de 2004, designa que la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de sus funciones de administración de carrera administrativa, le corresponde «*conformar, organizar y manejar el banco nacional de listas de elegibles*» y en el literal f) contempla «*remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se debe proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los bancos de datos a que se refiere el literal anterior*».

Expuesto lo anterior, es menester señalar que el uso de listas resulta procedente en dos situaciones:

I) La primera cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria encontrándose en el intervalo del nombramiento en período de prueba y la posesión da lugar a que la entidad nominadora expida acto administrativo de derogatoria o revocatoria del acto administrativo de nombramiento, o cuando una vez efectuada la posesión del elegible y previo a culminar el periodo de prueba se configura una de las causales de retiro dispuestas por la Ley.

Caso en el cual procede el **uso de listas de elegibles sin cobro**, durante la vigencia de esta según lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, previa solicitud de autorización elevada ante la CNSC, lo anterior, de conformidad con el artículo 2.2.5.1.12, 2.2.5.1.13 y 2.2.11.1.1 del Decreto 1083 de 2015⁶.

II) La segunda ocurre cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria encontrándose posesionado y superado el período de prueba, se configura una de las causales del retiro del servicio aplicables de conformidad con el artículo 2.2.11.1.1 del Decreto 1083 de 2015⁷ o cuando se generan nuevas vacantes del “*mismo empleo*”, durante la vigencia de las listas de elegibles. En este evento, procede el **uso de la lista con cobro**, de conformidad con lo determinado en el inciso 4° del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, donde establece que las entidades que utilicen las listas de elegibles conformadas con los resultados de los concursos adelantados por esta Comisión deberán sufragar los costos determinados, para lo cual se expidió la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, donde se estableció la tarifa para el uso de las listas de elegibles para las entidades pertenecientes al sistema general de carrera administrativa, la cual asciende a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden nacional y medio salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden territorial, por cada vacante a ser provista.

⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 04 de marzo de 2010. M. P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. No. De Radicación 05001-23-31-000-2009-01474-01.

⁶ Modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017

⁷ Modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017

En este punto se hace pertinente resaltar que la recomposición de la lista se produce de manera automática, por tanto, no requiere de acto administrativo que la declare o modifique, una vez se genera la vacante por las causales aquí contempladas.

Ahora bien, en lo concerniente al uso de la lista de elegibles ante la creación de nuevos cargos por parte de la entidad o generación de nuevas vacantes, previo a realizar la solicitud de uso de listas con cobro, la entidad nominadora deberá reportar las vacantes en el aplicativo SIMO de conformidad con el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” el cual señala, que “(...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su **vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”** (subrayado y negrita fuera de texto).

En consonancia con lo anterior y en pro de establecer un lineamiento que permita a las entidades dar aplicación al aludido Criterio la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió Circular Externa Nro. 0001 de 2020 en la cual se fijó el procedimiento para el reporte de las vacantes que serán provistas con listas vigentes de mismos empleos en virtud del criterio unificado de uso de listas en el contexto de la ley 1960.

Es menester poner de presente que la Honorable Corte Constitucional en su sentencia T-340 de 2020 al revisar las condiciones establecidas por esta Comisión Nacional en el Criterio Unificado del 16 de Enero para el uso de listas en el contexto de la Ley 1960 de 2019, manifestó expresamente lo siguiente: “(...) **En este punto no sobra recordar que el pronunciamiento de dicha autoridad goza de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. Art. 130) (...)**” (negrita y subraya fuera del texto).

En tal sentido, mal haría el operador judicial en no atender y hacer valer el Criterio Unificado emitido por la CNSC para uso de listas, toda vez que la propia Corte Constitucional lo respalda por encontrarse ajustado al raigambre legal y constitucional de nuestro Estado Social de Derecho.

3 Consideraciones

3.1 Caso Concreto

En lo concerniente al estado actual de las vacantes definitivas, dicha solicitud habrá de ser resuelta por la entidad nominadora, toda vez que dicha información es del resorte exclusivo de la misma, comoquiera que la administración de éstas constituye información institucional propia de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, sin que para esto deba mediar actuación alguna por parte de esta Comisión Nacional, careciendo así de competencia para dar respuesta a dicha solicitud

Realizadas las precisiones a que hubo lugar y consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de la lista **la E.S.E Hospital Universitario Departamental de Nariño no ha reportado vacante adicional a la ofertada** en el marco de la convocatoria, que cumpliesen con el criterio de mismos empleos.

Aunado a lo anterior, una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, **la E.S.E Hospital Universitario Departamental de Nariño no ha reportado movilidad de la lista**, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritosa de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

En este punto resulta acertado traer a colación lo establecido en el artículo 33 del Acuerdo 562 de 2016, proferido por esta Comisión Nacional, cuyo tenor literal señala: **“Reporte de Información. Las entidades que se rigen por la Ley 909 de 2004, deberán reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de los medios electrónicos o físicos determinados para el efecto, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, calificación del período de prueba, renunciaciones presentadas y demás situaciones que puedan afectar la conformación y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad.”**⁸ deber soslayado por **la E.S.E Hospital Universitario Departamental de Nariño**, toda vez que dicho Reporte de Información no ha sido puesto en conocimiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil .

Empero se hace pertinente señalar que consultado el Banco Nacional de Listas de Elegibles se corroboró que la señora **Ligia Marlene Oñate Paz ocupó la posición veintitrés (23)**, **Myriam Johanna Narváez Oviedo ocupó la posición veinticuatro (24)**, **Erika Sarita García Burbano ocupó la posición veinticinco (25)**, **María Inés Paz Prado ocupó la posición veintiséis (26)**, **Ana Julia Acosta Hidalgo ocupó la posición veintisiete (27)** en la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. 20192110010655 del 22 de febrero de 2019, en consecuencia, las accionantes no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar posición meritosa en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Es por esto por lo que las señoras **Ligia Marlene Oñate Paz, Myriam Johanna Narváez Oviedo, Erika Sarita García Burbano, María Inés Paz Prado, Ana Julia Acosta Hidalgo** se encuentran sujetas no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Corolario en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, **por no encontrarse solicitud de autorización de uso de la lista** para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad.

4 Anexos

5 Peticiones

⁸ Derogado por el Acuerdo 165 de 2020 el cual al respecto indica **“ARTICULO 6°. Reporte de Información sobre provisión y uso de listas. Las entidades deberán reportar a la CNSC por el medio que esta disponga, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, derogatorias, revocatorias, renunciaciones presentadas y demás situaciones que puedan afectar el orden de provisión y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad.”**