

Sentencia T-112A/14

CONCURSO DE MERITOS-Caso en que Gobernación no solicitó el uso de la lista de elegibles de un empleo para proveer el mismo o uno similar al que concursó la actora, que se encontraba vacante u ocupado en provisionalidad

TEMERIDAD-Inexistencia para el caso por cuanto no existe identidad de *causa petendi*, ni identidad de objeto

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos. En algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera.

LISTA DE ELEGIBLES-No puede ser modificada en sede administrativa una vez quede en firme el acto administrativo contentivo de la lista de elegibles/**REGLAS DEL CONCURSO DE MERITOS**-Son invariables

Esta Corporación en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la

moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.

CONVOCATORIA A CONCURSO PUBLICO DE MERITOS EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Se deben respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en la convocatoria

LISTA DE ELEGIBLES-Tiene por objetivo establecer el orden para proveer los cargos que hayan sido objeto de un concurso

Para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC, para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD Y AL TRABAJO-Orden a Gobernación solicitar la autorización del uso de lista de elegibles, donde la actora ocupó el quinto puesto, a la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer una vacante definitiva

DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA IGUALDAD EN CONCURSO DE MERITOS-Orden a Gobernación solicitar a la CNSC para hacer uso de la lista de elegibles

DERECHO DE PETICION ANTE GOBERNACION-Orden de dar respuesta concreta a la solicitud presentada por la actora, así como lo relacionado con los documentos por ella solicitados

Referencia: expediente T-4.081.407

Acción de tutela presentada por Nancy Torres Rodríguez contra la Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil catorce (2014)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos en primera instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de mayo de 2013, y en segunda instancia, el 24 de junio de 2013, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso de tutela de Nancy Torres Rodríguez contra la Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC).

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Diez, mediante Auto proferido el diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013).

I. ANTECEDENTES

Nancy Torres Rodríguez, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela contra la Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, derecho de petición, igualdad, trabajo y acceso a funciones públicas, basada en los siguientes

1. Hechos

1.1 La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), en desarrollo de la Ley 909 de 2004 expidió la resolución No. 171 del 5 de diciembre de 2005, en donde convocó el proceso de selección para proveer por concurso empleos de carrera administrativa conforme a la Ley 909 de 2004.

1.2. A partir de la fecha de la resolución mencionada, se inició el trámite tendiente a consolidar listas de elegibles de los empleos de la Oferta pública de empleos de Carrera – OPEC-

1.3. La CNSC expidió la Resolución N0. 3037 del 10 de Junio de 2011 para la Gobernación de Santander, dentro de la cual se conformó la lista de

elegibles para proveer dos (2) vacantes existentes para el cargo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 16, número OPEC 29742, listado dentro del cual la accionante ocupó el quinto (5°) lugar.

1.4. Actualmente ocupa el segundo lugar en la lista, toda vez que los dos primeros concursantes fueron nombrados por la Gobernación de Santander conforme la lista de elegibles y la tercera de las concursantes fue nombrada a través de autorización de uso de listas de elegibles que expidiera la CNSC el pasado 13 de septiembre de 2011.

1.5. El 3 de abril de 2013 la accionante presentó a la Gobernación de Santander derecho de petición solicitando información sobre las vacantes disponibles para el mismo cargo o similar para el cual concursó y para que la entidad solicite al CNSC la autorización del uso de listas de legibles.

1.6. Existen tres vacantes definitivas para el cargo de Auxiliar administrativo, código 407, grado 16 dentro de la planta de la Gobernación de Santander, sin embargo estas vacantes han sido provistas con empleados en provisionalidad o con personal de carrera administrativa en encargo.

1.7. La Gobernación ha obtenido autorización de uso de la lista de elegibles para proveer vacantes definitivamente luego del 7 de diciembre de 2009, en situaciones idénticas a las de la accionante.

1.8. La vigencia de la Lista de elegibles en la que se encuentra la señora Nancy Torres Rodríguez está próxima a vencer.

1.9. La tutelante sostiene económicamente a su hijo menor y a su señora madre.

Por los anteriores hechos la señora Nancy Torres Rodríguez insta la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, derecho de petición, igualdad, trabajo, acceso a funciones públicas y solicita, en consecuencia, se ordene a la Gobernación de Santander realice la solicitud de autorización de uso de lista de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) para que se permita proveer, de acuerdo al estudio técnico, uno de los cargos de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 16 u otro igual o similar de los que tienen vacantes definitivas con base en la lista de elegibles donde se encuentra la accionante. Igualmente solicita que se resuelva de fondo el derecho de petición incluyendo la información que solicitó en su momento. Por último solicita extender la vigencia de la lista de legibles una vez se adelante la solicitud de uso de listas.

2. Respuesta de las entidades accionadas

A. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

En su respuesta alega que no hay vulneración de derecho alguno por su parte ya que, conforme al Acuerdo 159 de 2011, el uso de la lista de elegibles se realiza únicamente a petición de las entidades ante la CNSC para que esta lleve a cabo el respectivo estudio técnico para proveer los empleos disponibles. Señala que en el presente caso, la Gobernación de Santander no ha efectuado la solicitud respectiva que permita autorizar el uso de listas en relación con el empleo 29742, siendo responsabilidad exclusiva de dicho ente territorial presentar la solicitud a la CNSC Mientras la gobernación no radique la solicitud, la CNSC no tiene competencia para resolver de fondo lo que la accionante solicita.

B. GOBERNACIÓN DE SANTANDER

Por su parte, La Gobernación de Santander, por intermedio de la Jefe de Personal, dio contestación exponiendo los motivos por los cuales consideraba que la tutela era improcedente. La administración departamental consideró que en el presente caso no se apreciaba el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, así como no se evidenciaba un perjuicio irremediable que hiciera necesaria esta vía.

Igualmente pone de presente que la accionante incurrió en temeridad por cuanto ya había presentado otra tutela ante el Juzgado Noveno Penal con funciones de conocimiento de Bucaramanga, en la que se encuentra la identidad de las partes, la identidad de la *causa petendi* y la identidad de objeto, sin que exista un hecho nuevo que justifique la presentación de una nueva tutela.

En cuanto al derecho de petición que la actora estima vulnerado, la Gobernación de Santander aduce que el ente dio respuesta en términos de ley con lo cual considera que hay un hecho superado. Considera que tampoco se ha violado el debido proceso administrativo sino que en todo momento se ha actuado en ejercicio de las competencias y funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.

3. Pruebas allegadas al proceso

3.1. Copia de la Resolución No. 3037 del 10 de junio de 2011 para el Empleo OPEC No.29742 denominación: Auxiliar Administrativo Código 407, Grado16, Nivel Asistencial.

- 3.2. Derecho de petición dirigido a la Gobernación de Santander del 02 de abril de 2013.
- 3.3. Respuesta de la Gobernación de Santander al derecho de petición de fecha 19 de abril de 2003
- 3.4. Copia Aprobación de uso de listas de elegibles para la provisión de veintitrés (23) vacantes definitivas de empleos de carrera administrativa en la Gobernación de Santander, radicado de salida 2012EE47856 del 06 de diciembre de 2012.
- 3.5. Respuesta derecho de petición de 18 de diciembre de 2012, radicado de salida 2013EE49251 de la CNSC.
- 3.6. Copia de Aprobación de uso de listas de elegibles del 13 de septiembre de 2011, radicado de salida 2011EE35883, que permite a la Sra. Fradis Moreno Gómez ocupar el empleo 29742 de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 16 de la Gobernación de Santander.
- 3.7. Copia de Remisión de datos de contacto para notificación de nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento de la autorización de uso de listas de elegibles de la señora Fradis Moreno Gómez, de fecha 02 de noviembre de 2011 con radicado de salida: 2011EE42796.
- 3.8. Copia del oficio del 24 de abril de 2012 de la CNSC radicado de salida 2012EE16889. Asunto: solicitud de información vacante definitiva, que contiene los requisitos para proceder a realizar el estudio.
- 3.9. Copia de Circular conjunta 074 de 2009 de la Procuraduría General de la Nación y la CNCS. Reporte de vacantes.
- 3.10. Boletín 08 de diciembre 2012 de la CNSC, fija la posición sobre el decreto 1894, páginas 1 y 6.
- 3.11. Respuesta de la CNSC a Asomeritos, donde informa en el punto 4 de cuantas autorizaciones ha realizado.
- 3.12. Copia de la Autorización de uso de listas de legibles de la CNSC para la provisión de treinta y un (31) empleos de carrera administrativa al Instituto Colombiano Agropecuario ICA de uno (1) de noviembre de 2011, con radicado de salida: 2011EE42638.

II. Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de Primera Instancia

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 28 de mayo de 2013, denegó el amparo de los derechos solicitados por la señora Nancy Torres Rodríguez, por cuanto se consideró que no era posible que la accionante se beneficiara de vacantes que no se ofertaron. Se consideró que dentro del cargo para el que se inscribió la tutelante solo habían dos vacantes que fueron ocupadas por quienes fueron los dos primeros lugares de la lista. Igualmente, planteó que el Decreto 1894 de 2012 eliminó entre los criterios a tener en cuenta

para proveer cargos de carrera la posibilidad de nombrar personas que se encontraran en el Banco Nacional de la Lista de Elegibles. Por estas razones el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá observó que no existe vulneración a derecho fundamental alguno.

Impugnación

Contra la Sentencia de Primera Instancia la señora Nancy Torres Rodríguez presentó impugnación, en la cual manifestó su inconformidad con la decisión pues consideró que el juez se equivocó al aplicar el decreto 1894 de 2012 a su caso, causándole un perjuicio irremediable. Señaló al respecto, que le *“asiste una válida expectativa al surgir vacantes en vigencia del decreto 1227 de 2005, que no puede ser desconocida”*¹.

Sentencia de Segunda Instancia

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 24 de julio de 2013, confirmó el fallo de tutela de primera instancia pues en su criterio *“se advierte una actuación temeraria de la accionante con la interposición de la presente acción”*². Observó con claridad el *ad quem* que lo pretendido con la actual tutela fue objeto de decisión de fondo por parte de los jueces constitucionales de tutela en dos oportunidades.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso, planteamiento del asunto objeto de revisión y problema jurídico

2.1. La señora Nancy Torres Rodríguez interpuso acción de tutela contra la Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, derecho de petición, igualdad, trabajo y acceso a funciones públicas. La accionante participó en el concurso abierto

¹ Obrante a folio 75, cuaderno 2.

² Obrante a folio 5, cuaderno 3.

de méritos que culminó con la consolidación de la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes para el cargo denominado Auxiliar Administrativo, código 407, grado 16 (empleo 29752) donde ocupó el quinto lugar. Luego de la provisión de las vacantes y de que la tercera persona en la lista fuera nombrada en periodo de prueba en junio de 2012, quedó en el segundo puesto en la lista.

2.2. La señora Nancy Torres Rodríguez estima vulnerados sus derechos por cuanto considera que la Gobernación de Santander debe solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la autorización de uso de listas de elegibles para proveer uno de los cargos de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 16 u otro igual, similar o equivalente de los que se encuentran vacantes definitivamente, tal como ha ocurrido en otros casos. Igualmente considera que el derecho de petición que presentó a la Gobernación de Santander solicitando información respecto a la planta de personal de la entidad en el nivel asistencial de Auxiliar Administrativo no fue resuelta de fondo.

2.3. Por su parte, la Gobernación de Santander argumentó que no era su obligación utilizar la lista de elegibles y que en todo caso con la expedición del Decreto 1894 de 2012 se derogaba la posibilidad de hacer uso de la lista de elegibles que componen el Banco nacional de Lista de Elegibles para proveer vacantes que se presentaran en el mismo empleo o en empleos equivalentes. Igualmente el Juez de primera instancia consideró que era aplicable al caso concreto el Decreto 1894 de 2012, que modificó el Decreto 1227 de 2005 eliminando entre los criterios a tener en cuenta para proveer cargos de carrera la posibilidad de nombrar personas que se encontraran en el Banco nacional de la lista de elegibles.

Problema Jurídico

En el asunto de la referencia, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la Gobernación del Departamento de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y al acceso a cargos públicos de la señora Nancy Torres Rodríguez, al no solicitar el uso de la lista de elegibles del empleo identificado con el Código No. 29742, correspondiente al cargo de Auxiliar administrativo, código 407, grado 16 para proveer el mismo cargo o uno similar al que concursó que se encontrara vacante u ocupado en provisionalidad.

A tal efecto se deberá dilucidar si i) el uso de la lista de elegibles bajo la normativa que regulaba la convocatoria era una facultad de la entidad respectiva o por el contrario era su obligación pedir la autorización a la

CNSC para usarla, y ii) si el Decreto 1894 de 2012 que eliminó la posibilidad de hacer uso de la lista de elegibles tiene la entidad de derogar normas que regían la convocatoria y que generaron una confianza legítima en los participantes.

Con el fin de solucionar el problema jurídico, esta Sala reiterará su jurisprudencia sobre: i) la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos; ii) la autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa; iii) normas de carrera administrativa aplicables al caso concreto y finalmente; iv) se pronunciará respecto de la viabilidad del amparo de los derechos de la señora Torres.

Sin embargo, ante la consideración del *ad quem* de la existencia de temeridad en virtud de la alegación de la entidad demandada, la Sala se pronunciará brevemente sobre su posible configuración.

3. Ausencia de temeridad en el caso concreto

La Corte Constitucional ha expresado en varias oportunidades que para considerar la existencia de la temeridad se deben tener en cuenta tres requisitos: i) la identidad de partes, ii) la identidad de la *causa petendi* y iii) la identidad de objeto. Adicionalmente, es necesario analizar si no existe justificación para ello, razón por la cual habría mala fe en la actuación del accionante³.

Los primeros tres requerimientos se han denominado por la jurisprudencia de la Corte como la *triple indentidad* y han sido desarrollados por esta Corporación de la siguiente manera:

*“Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar: // (i) **La identidad de partes**, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. // (ii) **La identidad de causa petendi**, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se*

³ Ver entre otras, las Sentencias T-009 de 2000, T-919 de 2003, T-919 de 2004, T-1034 de 2005, T-568 de 2006, T-089 de 2007, T-184 de 2007, T-362 de 2007, T-310 de 2008, T-502 de 2008, T-1104 de 2008, T-845 de 2011.

*fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. // (iii) **La identidad de objeto**, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental. // (iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción. Esta ha sido la posición reiterada y uniforme de esta Corporación, a partir de la interpretación del tenor literal de la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: ‘Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes’”.*⁴

Como se desprende de lo enunciado por la Corte, si alguno de los elementos no está presente, no se configura la temeridad. De esta forma, se concluye que le corresponde al juez de tutela no sólo verificar la existencia de unos requisitos procedimentales, sino que debe analizar también las particularidades del caso, a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales. En efecto, no siempre que existan pluralidad de acciones de amparo se produce la temeridad, en razón a que se debe determinar que exista la mala fe por parte del accionante, y además que no exista otra causa que justifique la interposición de un nuevo amparo.

En el presente caso, observa la Sala que efectivamente la accionante en una primera oportunidad presentó acción de tutela⁵ contra la Gobernación de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitando que se reportara ante la CNSC los cargos de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 16 que se encontraban en vacancia definitiva por renuncia de sus titulares. Sin embargo, en la tutela objeto de la actual revisión, solicita resolver de fondo el derecho de petición por ella presentado, además de solicitar a la Gobernación de Santander que realice los trámites pertinentes para obtener la autorización del uso de lista de elegibles por parte de la CNSC.

⁴ Ver entre otras, sentencias T-1103 de 2005, T-179 de 2005 y T507 de 2011.

⁵ Ver folios 118 y siguientes y 135 y siguientes del cuaderno 2.

Nota la Corte que ante estas circunstancias, la triple identidad queda desvirtuada por cuanto la actual acción de tutela no hay identidad de *causa petendi*, ni identidad de objeto. La interposición de la nueva acción de tutela está originada en hechos nuevos: el derecho de petición que la accionante elevó ante la Gobernación de Santander solicitando la información de la planta de personal, las vacantes existentes en esa entidad, la copia del manual de funciones y documentos relacionados con el concurso⁶. Esto a su vez pone en evidencia que existía una justificación para interponer nuevamente la tutela, razón por la cual tampoco se puede alegar la mala fe en la actuación de la accionante.

Descartándose la temeridad propuesta por la Gobernación de Santander y acogida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en su decisión del 24 de junio de 2013, ante la falta de los requisitos para su configuración, la Sala procederá a continuación al estudio de fondo con base en el esquema expuesto.

4. La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia⁷.

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

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

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo

⁶ Ver escrito de la acción de tutela obrante a folio 4 del cuaderno 2 y folios 26 y siguientes del cuaderno 2.

⁷ En especial ver sentencias: T-315 de 1998, SU-133 de 1998, SU-613 de 2002, SU-913 de 2009 y T-829 de 2012.

Contencioso Administrativa, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

En este sentido, esta Corporación en sentencia T-315 de 1998, señaló:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

De igual forma, en la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera. Afirmó la referida providencia:

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

por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.”

En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos:

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

En la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, la Corte reiteró esta posición:

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

En los mismos términos, en la Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de

concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata⁸.

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

5. La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa

Esta Corporación en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que *“las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”*⁹. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas¹⁰ y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.

En este sentido, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

3.4. La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria

⁸ En tal sentido, la Sentencia SU-913 de 2009 señaló que: *“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 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 particular.”*

⁹ Sentencia SU-913 de 2009

¹⁰ Ver entre otras, sentencias T- 256 de 1995, SU-446 de 2011 y T-256 de 2008.

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

(...)

*En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.”*¹¹ (Subrayado fuera de texto).

Por otra parte, dentro de las convocatorias y como pauta del concurso, es posible que por parte del legislador o de la misma entidad convocante, se permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido esta corporación en distintos fallos.

El primero de ellos se presentó en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995¹², una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar

¹¹ Sentencia SU-446 de 2011.

¹² Artículo 145. Lista de elegibles. La lista de elegibles se establecerá por resolución y de acuerdo con los resultados del concurso, tomando los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito. La lista de elegibles tendrá vigencia hasta de seis (6) meses y con las personas que figuren en ella se deberán proveer las vacantes que se presenten en los cargos para los cuales se conformó. También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación.

la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.¹³

En otra oportunidad, la Sentencia de unificación 446 de 2011 concluyó que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en cada una de las convocatorias realizadas, puesto que por un lado, la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar y, por otro lado, ni el legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles podría ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número de los convocados. Sin embargo aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, ya que reconocía el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, pero en el caso concreto que se estudiaba el legislador no había consagrado una norma similar por lo que los supuestos de hecho no eran los mismos. En el mismo sentido la Corte añadió:

“Lo anterior significa 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.”¹⁴
(Subrayado fuera de texto)

¹³ Ver sentencia C-319 de 2010. En idéntico sentido la Sentencia T-294 de 2011.

¹⁴ Ver Sentencia SU-446 de 2011, párrafo 6.5.

Una vez determinado en este apartado, conforme a lo que se ha expuesto, la obligación de respetar las pautas de la convocatoria y de su carácter vinculante e inmodificable así como el deber de hacer uso de la lista de elegibles para proveer una vacante de grado igual con la misma denominación cuando así lo contempla la convocatoria, es pertinente a continuación establecer cuales eran las pautas que debían observarse dentro de la convocatoria 001 de 2005 en la que la accionante participó con particular atención al uso de la lista de elegibles para empleos equivalentes.

6. Normas de carrera administrativa aplicables al caso concreto

Esta corporación ha expresado en distintas oportunidades que la carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el artículo 125 de la Carta política, es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público¹⁵. En este sentido, la carrera administrativa funge, entonces, como un principio y una garantía constitucional¹⁶.

En desarrollo de este principio se han adoptado diferentes regulaciones que para el caso concreto se traducen en primer lugar en la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 11, literal e) de dicha normatividad la CNSC debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia.

La misma norma en el literal f) contempla también dentro de las funciones de administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil la de *"f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben 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."*

¹⁵ Ver Corte Constitucional, Sentencia C – 049 de 2006, en la que señaló que la carrera administrativa es un “sistema técnico de administración de personal de los organismos y entidades del Estado cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso del servicio público, con base exclusiva en el mérito y en las calidades de los aspirantes”.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009., considerando 6.1.1.3.

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 (abril 21), en su artículo 7° establecía, antes de su reforma por el Decreto 1894 de 2012, la forma en que debía hacerse la provisión definitiva de los empleos de carrera:

"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 vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general. (subrayado fuera de texto)

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil. (subrayado fuera de texto)

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

Ahora bien, el artículo 8 del mismo Decreto 1227 de 2005 indica que "Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera.". A su vez el párrafo transitorio del citado artículo señala que La CNSC podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin

previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique con base en razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por estricta necesidad del servicio. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Sin embargo, la misma norma prevé que *“el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada”*.¹⁷

Por su parte, el artículo 33 antes de ser modificado por el Decreto 1894 de 2012, establecía el deber de *“utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel.”*¹⁸(Subrayado fuera de texto).

En desarrollo de esta reglamentación, se expidió Acuerdo 159 de 2011 (Mayo 10), de la CNSC *“Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004”*. En este Acuerdo se hace referencia en el capítulo I del Título II a la conformación y uso de las listas de elegibles. Concretamente el artículo 11 preceptúa:

“Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente, producto de la Convocatoria, la CNSC autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello

¹⁷ Artículo 8 del Decreto 1227 de 2005.

¹⁸ Artículo 33. Efectuado uno o varios nombramientos con las personas que figuren en la lista de elegibles, los puestos de la lista se suplirán con los nombres de quienes sigan en orden descendente.

Una vez provistos los empleos objeto del concurso, la entidad para la cual se realizó el concurso deberá utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel. De esta utilización la entidad tendrá permanentemente informada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual organizará un banco de listas de elegibles para que, bajo estos mismos criterios, las demás entidades puedan utilizarlas.

La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará el procedimiento y los costos para que las listas de elegibles sean utilizadas por entidades diferentes a las que sufragaron los costos de los concursos.

Parágrafo. Quien sea nombrado y tome posesión del empleo para el cual concursó, para uno igual o similar a aquel, con base en una lista de elegibles, se entenderá retirado de esta, como también aquel que sin justa causa no acepte el nombramiento.

La posesión en un empleo de inferior jerarquía o en uno de carácter temporal, efectuado con base en una lista de elegibles no causa el retiro de esta, salvo que sea retirado del servicio por cualquiera de las causales consagradas en la ley, excepto por renuncia regularmente aceptada.

hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del presente Acuerdo.”

En cuanto al Banco Nacional de Listas de Elegibles, el citado acuerdo, en el artículo 20, indica que se conforma de:

1. Listas de elegibles de la entidad: son las listas de elegibles conformadas dentro del proceso de selección, para la provisión de empleos de carrera de una entidad en particular.
2. Listas generales de elegibles: Se trata de la agrupación de las listas de elegibles en firme y vigentes, conformadas dentro de la convocatoria para los empleos objeto del concurso, organizadas en orden de mérito y acorde a los parámetros establecidos en cada convocatoria.

Para el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, preceptúa el artículo 22 ídem:

“Artículo 22. Uso de listas de elegibles de la entidad. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la Comisión Nacional del Servicio Civil verifique que se agotó el quinto orden de provisión establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, la CNSC, aplicando la definición de empleo equivalente establecida en el numeral 8°, artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar.”

Para la provisión de vacantes definitivas, la CNSC debe verificar si dentro de las listas de elegibles conformadas para la entidad solicitante existe alguna conformada para empleos iguales o equivalentes. En caso de que existan listas de elegibles para empleos equivalentes en la misma entidad, la CNSC utiliza dicha lista en estricto orden de mérito; en caso contrario, aprueba el uso de las listas generales de elegibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 ídem:

"Artículo 23. Uso de listas generales de elegibles. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la CNSC verifique que con la aplicación del criterio establecido en el artículo anterior no fue posible realizarla, se procederá al uso de las listas generales de elegibles, a través del mecanismo de postulaciones.

Parágrafo. El uso de listas generales de elegibles se realizará de manera exclusiva por el mecanismo de postulaciones, salvo

que pueda proveerse con algunos de los numerales que anteceden en el orden de provisión establecido por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005"

El mecanismo de postulación al que hace referencia la norma, se utiliza para el uso de las listas generales que conforman el Banco Nacional de Listas de Elegibles, el cual permite a un elegible manifestar su interés de ser nombrado en un empleo diferente al que concursó.

En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC, para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo.

Ahora bien, es oportuno señalar que en el año 2012 se expidió el Decreto 1894 que modificó la normativa reseñada en cuanto eliminó los órdenes de provisión contenidos en los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005¹⁹. Igualmente modificó el artículo 33 de dicho decreto eliminando la posibilidad de que la respectiva entidad utilizara las listas de elegibles para proveer vacantes en el mismo empleo o en empleos equivalentes. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la nueva norma debe seguir la consideración general de que las pautas de la convocatoria son inmodificables, obligando a la entidad convocante y a quienes participan

¹⁹ 7.5. *Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.*

7.6. *Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

sin que puedan verse variadas porque de lo contrario esto conduciría a vulnerar la confianza legítima y el principio de buena fe.

Así, visto en conjunto la normativa aplicable al concurso en el que la accionante participó, se desprende la evidente posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer empleos de carrera administrativa iguales o equivalentes al que participó que se encuentren vacantes definitivamente.

7. Análisis del Caso concreto

Esta Sala de Revisión debe determinar si los derechos al debido proceso administrativo, derecho de petición, igualdad, trabajo y acceso a funciones públicas, de la señora Nancy Torres Rodríguez, fueron vulnerados por las entidades accionadas al no solicitar el uso de la lista de elegibles del empleo identificado con el Código No. 29742, correspondiente al cargo de Auxiliar administrativo, código 407, grado 16 para proveer el mismo cargo o uno similar al que concursó que se encontrara vacante u ocupado en provisionalidad, tal como lo había hecho en una ocasión anterior con otra persona en similares circunstancias.

La señora Nancy Torres Rodríguez estima vulnerados sus derechos por cuanto considera que la Gobernación de Santander debe solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la autorización de uso de listas de elegibles para proveer uno de los cargos de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 16 u otro igual, similar o equivalente de los que se encuentran vacantes definitivamente. Igualmente considera que el derecho de petición que presentó a la Gobernación de Santander solicitando información respecto a la planta de personal de la entidad en el nivel asistencial de Auxiliar Administrativo no fue resuelta de fondo.

La Sala debe determinar en primer término la procedibilidad del amparo solicitado por la peticionaria, mediando una serie de actos administrativos que organizaban la convocatoria en la cual la accionante participó, aplicando para el efecto las consideraciones esbozadas en relación con la competencia del juez de tutela en el numeral 4 de los considerandos de esta providencia.

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

En el presente caso, la Sala encuentra que los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera, en primer lugar porque al ser la lista de elegibles una cuestión con vocación temporal, esperar al transcurso de un proceso contencioso u ordinario llevaría a la extinción de dicha lista antes de la resolución del caso. Por otra parte, extender en el tiempo los posibles efectos nocivos de una decisión administrativa atentaría contra la protección misma de los derechos fundamentales que se procuran proteger.

Ante este análisis que debe ser laxo y garantista atendiendo las específicas circunstancias, la Sala considera que en el presente caso la tutela funge como mecanismo idóneo para propender por la defensa de sus derechos fundamentales.

La Sala procede a continuación, a realizar el análisis de si hubo afectación o no de los derechos alegados por la actora teniendo como puntos de partida los escollos planteados en la presentación del problema jurídico y que se resumen en *i)* si el uso de la lista de elegibles bajo la normativa que regulaba la convocatoria era una facultad de la entidad respectiva o por el contrario era su obligación pedir la autorización a la CNSC para usarla, y *ii)* si el Decreto 1894 de 2012 que eliminó la posibilidad de hacer uso de la lista de elegibles tiene la entidad de derogar normas que regían la convocatoria y que generaron una confianza legítima en los participantes.

i) La señora Nancy Torres Rodríguez, como se ha explicado, se presentó a un concurso de méritos para ocupar un cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 16 en la Gobernación de Santander. Dentro de las pautas que regían todo el proceso, se especificaba la posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer, previa autorización de la CNSC, otros empleos iguales, similares o equivalentes que se encontraran en vacancia definitiva.

Si bien, de la lectura literal de las normas sobre el uso de la lista de elegibles según el Decreto 1227 de 2005 y el Acuerdo 159 de 2011 puede entenderse que esta solo se puede dar bajo la condición de que la entidad respectiva, en este caso la Gobernación de Santander, lo solicite a la CNSC, cosa que no ocurrió en el caso concreto, también es cierto que conforme a una interpretación inclusiva de la jurisprudencia de la Corte, se entienda que la solicitud de la autorización del uso de la lista de elegibles más que una facultad es un deber tal como se ha expuesto en el apartado 5 de los considerandos. En efecto, tal como se estableció en la Sentencia C-319 de 2010 y posteriormente se reiteró en la Sentencia SU-446 de 2011, donde a

pesar de que se concluyó que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en cada una de las convocatorias realizadas, puesto que por un lado, la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar y, por otro lado, ni el legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles podría ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número de los convocados, también se dejó claro que si, como en el presente caso, las normas que regían la convocatoria señalaban expresamente la posibilidad de utilizar la lista de elegibles en empleos idénticos o equivalentes, debía hacerse uso obligatoriamente de dicha lista de elegibles.

Efectivamente en dicha sentencia de unificación se reiteró que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador²⁰. Por esta circunstancia la Gobernación de Santander estaría obligada a solicitar la autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en aras de proveer las vacantes definitivas con las listas de elegibles, garantizando así que sean los méritos los que sirvan de baremo objetivo para la provisión de la carrera administrativa²¹.

ii) Ahora bien, ante la petición de la Señora Torres Rodríguez, la Gobernación de Santander se negó a hacer dicha solicitud de autorización a la CNSC escudándose en la expedición del Decreto 1894 de 2012 en el cual, se derogaba la posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer otros cargos que no fueran las vacantes específicamente ofertadas. Sin embargo, varios aspectos se deben aclarar en este punto.

En primer lugar, las pautas de la convocatoria son inmodificables tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación y se desarrolló en el punto 5 de los considerandos. Así mismo, dichas pautas obligan tanto a la entidad que convoca como a quienes participan sin que pueda ser modificado porque de lo contrario se estaría violando la confianza legítima y el principio de buena fe de quienes participaron. No puede ser atendible que tal como se pretende en el caso concreto, se modifiquen circunstancias que afectan el derecho de quienes participaron en la convocatoria aspirando a la posibilidad por una parte de ocupar la vacante para la cual concursaron o por otra de optar por un empleo equivalente. Cercenar una de las posibilidades que existía implica un cambio sustancial en las normas de la convocatoria que afectan indudablemente a quienes tenían la confianza

²⁰ Ver sentencia C-319 de 2010. En idéntico sentido la Sentencia T-294 de 2011.

²¹ En este sentido ver la Sentencia SU-133 de 1998, la SU—086 de 1999 o la T.829 de 2012.

legítima de hacer parte de la carrera administrativa a través del concurso de méritos.

Por otra parte, es una regla general del derecho la irretroactividad de las leyes. Esto quiere decir que las leyes rigen hacia el futuro y a partir de su publicación a menos que la misma ley disponga otra cosa. Con la expedición del Decreto 1894 de 2012 se modificaron los artículos 7 y 33 del Decreto 1227 de 2005, luego se eliminan dos órdenes de provisión definitiva de vacantes²² y se impide el uso de listas de elegibles del Banco Nacional de Lista de Elegibles la cual era una facultad que el propio legislador autorizó.

En este sentido, y tal como la misma CNSC lo ha entendido²³, para no afectar hechos y relaciones jurídicamente consolidadas y respetando los derechos de quienes participaron en la convocatoria 001 de 2005, la modificación planteada por regla general no puede operar para vacantes existentes antes de la entrada en vigencia del Decreto 1894 de 2012.

En efecto, la Convocatoria 001 de 2005 se adelantó con base en la Resolución No. 171 del 5 de diciembre de 2005 y el Decreto 1227 de 2005 reglamentario de la Ley 909 de 2005. A su vez, cumplidas todas las etapas del proceso de selección de dicha convocatoria se procedió a conformar la lista de elegibles que en el caso concreto fue materializada en la Resolución No. 3037 del 10 de junio de 2011. La accionante presentó derecho de petición a la Gobernación de Santander el 2 de abril de 2013 solicitándole a esta que al igual que en otros casos pidiera la respectiva autorización de uso de la lista de elegibles en la que ella se encontraba a la CNSC con base en las pautas de la convocatoria que le eran aplicables para proveer vacantes definitivas ocurridas luego del 7 de diciembre de 2009 por renunciadas presentadas por distintos funcionarios²⁴

Es oportuno aclarar que actualmente la lista de elegibles ha perdido vigencia. Conforme al artículo 15 de la resolución 3037 de 2011 de 10 de junio de 2011, las listas de elegibles conformadas a través de dicho acto administrativo tendrán una vigencia de dos años desde la fecha de su firmeza. Conforme a lo publicado por la CNSC, la fecha de firmeza fue el

²² Los dos órdenes eliminados son:

“7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil”.

²³ Ver Comisión Nacional del Servicio Civil. Boletín N° 8 de Diciembre de 2012. página 7. Obrante a folio 77, cuaderno 2.

²⁴ Ver escrito de la acción de tutela obrante a folio 4 del cuaderno 2 y folios 26 y siguientes del cuaderno 2

29 de junio de 2011²⁵, de forma tal que su vigencia fue hasta el 29 de junio de 2013. Sin embargo, la señora Torres Rodríguez, elevó el presente amparo antes de que la lista de elegibles perdiera vigencia buscando ser nombrada en un empleo igual o equivalente al que ella participó, tal como las normas del concurso que regían lo permitían, o por lo menos que se elevara la solicitud de autorización del uso de la lista de elegibles a la CNSC, por lo que dicha lista tiene plena aplicabilidad en el caso en estudio.

De lo anterior se concluye que no podía negársele a la señora Torres Rodríguez su petición, tan solo por la expedición del nuevo decreto. Más aún si tal como lo ha expuesto la accionante, y obra en el expediente, que en otro caso similar se hizo la solicitud de la autorización y fue nombrada la señora Fradis Moreno Gómez quien se encontraba en la misma lista de elegibles que la accionante pero ocupando la tercera posición²⁶. En este caso similar, la Gobernación de Santander solicitó autorización a la CNSC en julio de 2011 para hacer uso de la lista de elegibles para proveer un empleo que se encontraba en vacancia definitiva. La comisión Nacional del Servicio Civil mediante oficio 2011EE35983, dio aprobación del uso de listas de elegibles para ese caso concreto²⁷.

Por último, La señora Nancy Torres Rodríguez, solicitaba la protección de su derecho de petición, en la medida que la solicitud presentada a la Gobernación de Santander no fue respondida en los términos por ella incoados.

Según obra en el proceso, en su derecho de petición la accionante pidió una serie de documentos con información puntual que tal como se desprende del expediente nunca fue trasladada a la solicitante. La Gobernación de Santander no le informó en la respuesta al derecho de petición, sobre la planta de personal, ni le informó de las vacantes que existen en la entidad para el mismo cargo o similares al que la accionante concursó. Tampoco se le entregó manual de funciones, ni los documentos requeridos relacionados con el concurso.²⁸ La respuesta de la Gobernación de Santander se limitó al extremo de la imposibilidad de elevar la autorización del uso de la lista de elegibles a la CNSC por la entrada en vigor del Decreto 1894 de 2012 sin adjuntar el resto de documentos solicitados.

²⁵<http://www.cnsc.gov.co/docs/EmpleoscuyasListasdeElegiblesquedanenFirmeapartirde129dejunio2011.pdf>

²⁶ Ver Resolución 3037 de 10 de junio de 2011, página 3, obrante a folio 24, cuaderno 2. Igualmente la actora expone otros casos en los que se ha efectuado la autorización del nominador para usar la lista de elegibles. Ver folios 50 y siguientes del cuaderno 2.

²⁷ Ver oficios 2011EE35983 y 2011EE42796

²⁸ Ver derecho de petición obrante a folios 26 a 38 de cuaderno 2.

Frente a esta vulneración del derecho de petición de la accionante, la Sala considera que no ha habido una respuesta de fondo y suficiente a lo solicitado por lo que procederá, entre otros, a tutelar el derecho conculcado ordenando a la Gobernación de Santander a que presente respuesta a toda la información y documentos por la señora Torres Rodríguez requeridos.

8. Conclusiones

8.1. En resumen, considera la Sala que pretender modificar las reglas que regían la convocatoria o por lo menos tratar de hacerle oponible dicho cambio normativo a la señora Torres Rodríguez, viola el debido proceso, que en el caso concreto deriva en una vulneración al derecho al acceso a cargos públicos y lesiona el derecho al trabajo de quien se ve privado del acceso a un empleo o función pública a pesar de la existencia de unas reglas de juego que permitían el uso de listas de legibles para proveer vacantes definitivas ofertadas por la convocatoria y que generaron la confianza legítima en la administración.

8.2. En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, por lo tanto la administración deberá solicitar la respectiva autorización de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva.

8.3. Por lo anteriormente expresado, es preceptivo revocar la sentencia de segunda instancia que no consideró vulnerado el derecho al debido proceso, al trabajo, al derecho de petición y a la igualdad de la señora Nancy Torres Rodríguez, así como exhortar a la Gobernación de Santander a tener en cuenta lo ahora analizado, para que en los términos que se exponen a continuación cumpla con las pautas reguladoras de la convocatoria en la cual la tutelante participó.

8.4. No obstante, tal como queda patente en las normas que regulan el uso de las listas de elegibles, es a la CNSC a quien le compete analizar la alegada equivalencia entre el cargo al cual aspiró la accionante durante el concurso y el que se encuentre vacante, para así autorizar al nominador su designación en éste último. No es pues la Corte quien pueda dar una solución más allá de ordenar que se eleve la solicitud ante la CNSC para que sea esta quien determine la alegada equivalencia que permita nombrar en periodo de prueba a la accionante tal como lo registran las pautas de la convocatoria.

En otras palabras, no es que de manera automática devenga el deber de emplear la lista de la cual hacía parte la tutelante para proveer otro cargo, sino que se impone un estudio y concepto sobre la equivalencia en requisitos y funciones entre los que puedan ser objeto tal solución previa petición de la entidad nominadora. Por lo mismo, la Corte, en aras de la protección del derecho a la igualdad y del debido proceso, ordenará a la Gobernación de Santander elevar la solicitud a la CNSC para hacer uso de la lista de elegibles para proveer uno de los cargos de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 16 u otro equivalente conforme a la definición del artículo 3 numeral 8° del Acuerdo 159 de 2011 de los que se encuentran vacantes definitivamente dentro de los ofertados por la convocatoria.

8.5. Por último, ante la vulneración del derecho de petición tal como quedó anotado por esta Sala, se ordenará a la Gobernación de Santander dar respuesta a la solicitud elevada por la Señora Nancy Torres Rodríguez en lo relativo a los cuadros 1 y 2 de su petición, así como lo relacionado con los documentos que ella solicitó.

En este sentido, la Sala Octava de Revisión procederá a revocar la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral el 24 de junio de 2013, que a su vez confirmó la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral del 28 de mayo de 2013, y en su lugar concederá la tutela de los derechos de la señora Nancy Torres Rodríguez debido proceso administrativo, derecho de petición, igualdad, trabajo y acceso a funciones públicas, vulnerados por la Gobernación de Santander para lo cual ordenará a la Gobernación de Santander solicitar la autorización del uso de lista de elegibles, en la que se encuentra la señora Nancy Torres Rodríguez, a la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer una vacante definitiva de las de la convocatoria 001 de 2005 del empleo Auxiliar Administrativo, código 407, grado 16 o uno equivalente conforme a los lineamientos fijados en esta providencia. Igualmente ordenará que se dé respuesta a la petición presentada por la accionante en lo que no haya sido respondido.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral el 24 de junio de 2013, que a su vez confirmó la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral del 28 de mayo de 2013, y en su lugar **CONCEDER** la tutela de los derechos de la señora Nancy Torres Rodríguez al debido proceso administrativo, derecho de petición, igualdad, trabajo y acceso a funciones públicas, vulnerados por la Gobernación de Santander.

Segundo.- ORDENAR a la Gobernación de Santander que en el plazo de 15 días, solicite la autorización del uso de lista de elegibles, donde la señora Nancy Torres Rodríguez ocupó el quinto puesto, a la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer una vacante definitiva de las de la convocatoria 001 de 2005 del empleo Auxiliar Administrativo, código 407, grado 16 o uno equivalente conforme a los lineamientos fijados en esta providencia.

Tercero.- ORDENAR a la Gobernación de Santander que en un término de 48 horas de respuesta concreta a la solicitud presentada por la señora Nancy Torres Rodríguez el día dos (02) de abril de 2013 en lo referente a los cuadros 1 y 2 de su petición, así como lo relacionado con los documentos que ella solicitó.

Cuarto.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General