

**CONCURSO DE MERITOS COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – Vulneración del debido proceso y el derecho a la igualdad por realización de prueba no relacionada con el cargo / DEBIDO PROCESO - Vulneración por realización de prueba no relacionada con el cargo en concurso de méritos / DERECHO A LA IGUALDAD - Vulneración por realización de prueba no relacionada con el cargo en concurso de méritos / ACCESO A LA FUNCION PUBLICA - Vulneración por realización de prueba no relacionada con el cargo en concurso de méritos / PRUEBAS EN CONCURSO DE MERITOS – Deben permitir apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación al empleo**

La Sala concluye que los derechos fundamentales de los actores, concretamente el debido proceso y de igualdad, han sido vulnerados. El primero, porque con fundamento en una hipótesis no contemplada en la norma, se les está imponiendo la realización de un examen que no se relaciona o que se relaciona sólo en parte con las funciones del empleo al que aspiran y el segundo, porque a los demás aspirantes, se les aplicó o aplicará una prueba que corresponde realmente con las funciones que van a desempeñar. Así mismo, dicha omisión se constituye en una amenaza grave del derecho de acceso a la función pública. Por lo anterior, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, cumplir con las previsiones del numeral 3, artículo 31 de la Ley 909 de 2004 modificado por la Ley 1033 de 2006. Para el efecto deberá aplicar a los actores la prueba con la que realmente se pueda apreciar su capacidad, idoneidad y adecuación al empleo al que aspiran con el fin de establecer si efectivamente pueden desempeñar las funciones del mismo. La obligación de cumplir la orden se radica en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto la Ley le impone la función de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público, para lo cual debe velar por el logro de la finalidad de las normas de carrera administrativa, sin que le sea posible escudarse en las actuaciones de la Entidad territorial.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION “A”**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011).

**Radicación número: 25000-23-15-000-2011-00646-01(AC)**

**Actor: CAMILO FAJARDO PRIETO Y OTROS**

**Demandado: COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL Y OTROS**

Decide la Sala la impugnación formulada por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de abril de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó la presente acción.

## **ANTECEDENTES**

Los señores CAMILO FAJARDO PRIETO, CHARLES VLADIMIR GONZÁLEZ CÓRDOBA, MÓNICA JANNETH RAMÍREZ MORENO y JACQUELINE SANTOS HERRERA, presentaron acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Alcaldía Mayor de Bogotá, la Secretaría de Educación del Distrito Capital y el Jefe de la Oficina de Personal de ésta Última, con el fin de que se les protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, de petición y al debido proceso, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas.

- **Pretensiones de la acción**

Las concretan así:

*“2. Como consecuencia de lo anterior, se sirva ordenar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y su Presidente Dr. FRIDOLÉ BALLÉN DUQUE o quien haga sus veces – ALCADÍA MAYOR DE BOGOTÁ – ALCALDE DR. SAMUEL MORENO ROJAS o quien le represente o haga sus veces – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO CAPITAL de BOGOTÁ y su SECRETARIO DE EDUCACIÓN DR. CARLOS JOSÉ HERRERA o quien le represente o haga sus veces SANDRA MILENA BRAVO PLATA, Jefe Oficina de Personal SED Bogotá Y/O A QUIEN CORRESPONDA Y/O A QUIEN LOS REPRESENTE O HAGA SUS VECES, para que en el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas emita(n) y notifique(n) el correspondiente acto administrativo donde se AJUSTE, MODIFIQUE, RECTIFIQUE o RECLASIFIQUE la Convocatoria OPEC 54573 de la prueba 136 a la prueba 85.*

*3. Como consecuencia de lo anterior, retrotraer dicho proceso a la etapa que legalmente corresponda; procediendo consecencialmente dentro del mismo a reclasificar los cargos convocados por la SED-Bogotá de las Direcciones Locales de Educación de Profesional Universitario Código 219- Grado 18 como misionales, con*

*las correspondientes exigencias de requisitos académicos que actualmente se exigen para desempeñar dichos cargos; permitiéndonos aplicar y presentar las pruebas correspondientes para dicho proceso; para que exista la congruencia exigida entre las funciones desempeñadas permanentemente en el cargo y las que convocó inicialmente la SED-Bogotá y la CNSC ya que se nos vulneró el Derecho a la igualdad, de petición, al debido proceso y conexos, porque la comisión en el trámite del proceso varió el propósito, los requisitos de formación académica y las funciones del cargo convocado.*

*4. Se ordene la suspensión provisional del actual proceso concursal que se viene desarrollando con base en la Convocatoria 001 de 2005 – OPEC 54573 hasta que no se resuelva de fondo la presente Acción Constitucional, para efectos de precaver un perjuicio mayor.”. (Fl. 5)*

Fundamentan su petición en los hechos que a continuación se resumen:

Actualmente ocupan en provisionalidad los cargos de Profesional Universitario Código 219 Grado 18 en las Direcciones Locales de Chapinero, Teusaquillo, Suba, Fontibón y Rafael Uribe.

Se inscribieron en la Convocatoria 001 de 2005, dentro de la cual aprobaron el examen general de la primera fase y posteriormente se determinó que la escogencia del grupo temático se adelantaría entre el 15 y el 26 de marzo de 2010.

Las funciones asignadas por la Secretaría de Educación del Distrito a los cargos de Profesional de Sistemas de Información de las Direcciones Locales corresponden al área misional de la Entidad, las cuales atienden al contenido de la prueba 85.

Al momento de efectuar la respectiva inscripción del eje temático, observaron que los cargos que ocupan y por los que se encuentran participando fueron asignados erróneamente por parte del Distrito Capital y por la Comisión Nacional del Servicio Civil a la prueba 136, la cual no se corresponde con las funciones de los empleos que ejercen actualmente.

El eje temático de la prueba 136 no atiende a las funciones establecidas para el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 18, pues no tienen pertinencia con las establecidas en el manual específico y de competencias laborales de la Entidad.

La mencionada inconsistencia fue puesta en conocimiento de la Oficina de Personal de la Secretaría de Educación de Bogotá mediante escritos de 25 de marzo, 27 de septiembre y 25 de octubre de 2010.

En relación con los mencionados escritos la Secretaría de Educación se refirió el 14 de abril de 2010 mediante oficio S-2010-052844 reconociendo el error en la inscripción ante la CNSC, informando además que ya se había efectuado el trámite necesario ante esa entidad. La anterior solicitud, fue reiterada mediante oficio S-2010-134671 de 7 de octubre de 2010 por la Jefatura de Personal de la Secretaría de Educación.

El 26 de enero de 2011 les informaron que lo han solicitado en varias oportunidades a la CNSC, entidad que se comprometió a estudiar dicho asunto y a proferir la respuesta antes de la etapa de la escogencia del cargo, según lo manifestó su presidente.

La Jefe de la Oficina de Personal de la Secretaría de Educación mediante comunicación de 3 de marzo de 2001 le aclaró a la asesora del la Comisión Nacional del Servicio Civil que los cargo ocupados por ellos son responsables de aplicar las políticas en cuanto a la oferta y demanda de cupos escolares, situación que los hace misionales.

En el evento de tener que escoger un empleo, se verían en desventaja frente a los demás participantes, pues los requisitos, la antigüedad y la experiencia que tiene por más de 10 años no sería tenida en cuenta debido a que la CNSC clasificó mal el cargo que ocupan.

En ejercicio del derecho de petición, radicaron un escrito el 28 de enero de 2001 ante la CNSC solicitando se efectuaran los ajustes

pertinentes para que los cargos convocados sean ubicados en la prueba relacionada, sin que a la fecha la entidad no se haya pronunciado.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La apoderada de la Comisión Nacional del Servicio Civil solicita se deniegue el amparo solicitado (Fls. 53 – 55), argumentando que lo adelantado por ella ha obedecido estrictamente a la normatividad que rige los concursos y no ha vulnerado los derechos de los actores.

Después de efectuar un recuento del desarrollo de la Convocatoria 001 de 2005 y de la normatividad que la rige, precisó que luego de un análisis del contenido funcional del empleo 54573, se encontró que sus funciones no reflejan los contenido temáticos previstos por la prueba 85, la cual se refiere a gestión académica, acceso y permanencia, inspección y vigilancia, sino a una labor de apoyo y soporte de software que se corresponde más con la 136, en la que actualmente se encuentra clasificado.

No resulta procedente reclasificarlo pues el mismo fue ofertado a partir del 25 de enero de 2010 asociado a la mencionada, tal y como lo dispone el parágrafo 2° del artículo 3° del Decreto 4500 de 2005.

La Jefe de la Oficina de Personal de la Alcaldía Mayor de Bogotá solicitó igualmente que se denegaran las súplicas de la presente acción. Como sustento de su petición, precisó que esa Entidad ha adelantado todas las gestiones posibles para atender la solicitud de los demandantes, sin que hasta la fecha haya obtenido respuesta positiva de la CNSC, entidad competente de resolverla.

### **PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la providencia impugnada negó la acción de tutela interpuesta por los actores, argumentando que la Comisión Nacional del Servicio Civil ha desarrollado la

la Convocatoria 001 de 2005 dentro del ámbito de sus competencias y la ajustó a los parámetros definidos por la Secretaría de Educación, entidad que recomendó la prueba 136 como aplicable al empleo al que aspiran los demandantes.

Destaca el análisis y estudio que efectuó la CNSC de la prueba 136 frente al mencionado cargo, para determinar que es la que se ajusta a su perfil.

No es posible predicar la vulneración del derecho constitucional fundamental de petición que invocan los demandantes, pues no existe prueba de que hayan radicado ante la entidad un escrito en esos términos.

### **LA IMPUGNACION**

Inconforme con la decisión anterior, los demandantes la impugnaron y sostuvieron que no se allegó el material probatorio solicitado con el cual pretendían demostrar que hubo cambios o ajustes en las funciones del cargo al que aspiran.

Quedó acreditado que la Secretaría de Educación cometió un error en solicitar que al empleo se le asignara la prueba 136, sin embargo y a pesar de ello la CNSC se ha negado a corregirla.

Las funciones a que se refiere la CNSC para concluir que es la prueba 136 la que se ajusta al perfil del empleo, sufrieron cambios sustanciales en relación con las contenidas en la Resolución 2190 de 2007, que si bien resultan parecidas no son las mismas.

No comparten la decisión del Tribunal en relación con la vulneración de su derecho de petición, pues la CNSC no se pronunció sobre el particular, situación que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, debe tenerse por cierta.

### **CONSIDERACIONES**

En el presente asunto se invoca la protección de los derechos a la igualdad, de petición y al debido proceso, cuya amenaza o violación se examina para adoptar la decisión a que haya lugar.

Expresan los actores que en el año 2005 se realizó la convocatoria 001, mediante la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil llamó a proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa de las entidades y organismos del orden nacional y territorial regidas por la ley 909 de 2004.

En consideración a que venían ocupando en provisionalidad el cargo de Profesional Universitario Código 219-18 en las Direcciones Locales de Educación de Chapinero, Teusaquillo, Suba, Fontibón y Rafael Uribe, se inscribieron.

Surtidas las etapas de la FASE I del concurso y superadas, procedieron a adelantar los trámites necesarios para su participación en la FASE II, en la cual se encontraron ante el hecho de que por solicitud de la Secretaría de Educación del Distrito, la Comisión Nacional del Servicio Civil, había asociado la prueba 136 al empleo 54573 que corresponde al de Profesional Universitario 219-18, a pesar de que por tratarse de un empleo con funciones de carácter misional de la Secretaría de Educación, se le ha debido relacionar con la prueba 85.

En consecuencia, el problema jurídico consiste en determinar si la anterior situación vulnera los derechos fundamentales de igualdad, petición y debido proceso de los actores.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

1) **Naturaleza de las funciones del cargo**

En primer término, es necesario dejar en claro que para aquellos que aprobaron la fase I del concurso y para efecto de continuar en la fase II, la Comisión Nacional elaboró dos grupos temáticos en los cuales clasificó los

empleos, según se tratara de actividades misionales o transversales (de apoyo).

Dentro de la agrupación temática transversal o de apoyo, catalogó aquellos empleos en los que se desempeñan funciones comunes en la administración pública (recursos físicos, control interno, planeación, recursos humanos entre otras) y por lo mismo pueden ser desempeñadas en cualquier entidad.

Por su parte, en la agrupación temática misional, relacionó los empleos que tienen funciones que caracterizan la razón de ser o el negocio de una Entidad o un sector específico, es decir, relación directa con la misión que cumple.

En el presente asunto quedó probado, como obra a folios 60 y 61 del expediente, que mediante Resoluciones 3800 de septiembre 15 de 2005 y 2190 del 28 de mayo de 2007, se ajustó el manual de específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Secretaría de Educación de Bogotá y en lo que hace relación al empleo que desempeñan se le asignaron las siguientes funciones:

- 1. Consolidar y validar los datos proporcionados por las instituciones educativas de la localidad en lo relacionado con la oferta de cupos escolares.*
- 2. Capacitar en el software y procesos de matrícula al personal de las instituciones y verificar el funcionamiento y uso del mismo.*
- 5. Levantar y sistematizar información relacionada con los programas y proyectos desarrollados a nivel local de acuerdo con los requerimientos del jefe inmediato.*
- 6. Brindar asistencia a los funcionarios de la Dirección Local de Educación, instituciones y SED en el uso de los equipos y de otras herramientas tecnológicas empleadas por la entidad.*
- 7. Apoyar el diseño y ajuste de indicadores de los procesos de matrícula, estadísticas educativas y recolección de información como herramienta de gestión en la administración del proceso educativo local.*

Las funciones transcritas son las mismas que se deben cumplir en el empleo 54573, al que aspiran, según se puede observar a folio 28 del expediente.

En consecuencia, de una simple comparación entre las funciones que desempeñan los Profesionales Universitarios 219-18 de la Secretaría de Educación (fls. 61 y 62) con las asignadas al empleo 54573 con igual denominación, enlistadas en el folio 28 del expediente, se concluye que son idénticas y que por tanto se trata del mismo cargo.

Establecido lo anterior y examinadas las pruebas hasta ahora reseñadas, se encuentra que la prueba 136 a la que fue asociado el cargo de Profesional Universitario 219-18, es para empleos cuyas funciones son catalogadas como transversales. Por el contrario, la prueba 85, está dirigida a empleos de áreas de desempeño misional de la Secretaría Distrital de Educación y no existe duda de que el empleo materia de la presente acción, tiene asignadas unas tareas que tienen relación directa con la misión de la Entidad, dado que la educación es la razón de ser de la Secretaría en la que laboran los actores.

Basta con examinar el eje temático que comprende la prueba 136, para establecer, sin lugar a dudas, que está dirigida a empleos cuya área de desempeño es transversal.

En efecto, su contenido es el siguiente, según obra a folio 27 del expediente y se puede verificar en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil:

<b>Pruebas funcionales</b>	
Grupo temático: Prueba para empleos de Áreas de desempeño Transversal o de apoyo en Actividades genéricas de informática.	
Número de la Prueba: 136	
Aspectos básicos sobre redes de datos.	Protocolo de redes, tipologías de redes y diseño de redes, sistemas distribuidos.
Generalidades sobre sistemas operativos y software de oficina.	Sistemas operativos más comunes en el mercado y sus funcionalidades. Software de oficina existentes en el mercado y sus funcionalidades, Arquitectura del computador.
Generalidades sobre bases de datos.	Tipos de bases de datos, utilidades, diseño y aplicación, estructuras de datos.
Generalidades	Lenguajes de programación y funcionalidades,

sobre programación.	aspectos básicos de programación por objetos, teoría de lenguajes, diseño de algoritmos, programación en Internet.
Metodologías de diseño y desarrollo de software.	Metodología proceso Unificado de Rational -RUP- y herramientas de Lenguaje de Modelamiento Unificado -UML-, bases de arquitectura de software, aspectos básicos sobre diseño por objetos, análisis orientado por objetos.
Dirección de proyectos.	Evaluación financiera y económica de proyectos, planeación y administración de proyectos, contratación de software.
Seguridad informática.	Firmas digitales, criptografía, políticas de seguridad, seguridad física, análisis forense, tópicos legales, continuidad del negocio, planes de contingencia, ingeniería social.

Por su parte, el eje temático de la prueba 85, gira alrededor de lo siguiente:

<b>Prueba para empleos de áreas de desempeño misional de la Secretaría Distrital de Educación</b>	
Misionales Comunes Formulación y Gerencia de Proyectos.	Preparación, financiación y administración de estudios. Preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos en cualquiera de sus etapas. Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad de los proyectos administrados.
Misionales Comunes Estructura administrativa y el funcionamiento del Distrito, tanto en lo central como en lo local.	Decreto 1421 de 1993, Acuerdo 257 de 2006.
Misionales Comunes Democracia participativa y control social en el nivel distrital y local.	Construcción y promoción de la cultura democrática. Ley 134 de 1994.
Misionales Comunes Plan de Ordenamiento Territorial.	Aspectos relacionados con programas de vivienda de interés social, régimen normativo y de la aplicación de los subsidios y expedición de licencias urbanísticas. Ley 388 de 1997.
Misionales Comunes Normatividad sobre quejas reclamos y peticiones.	Código contencioso administrativo.
Misionales Específicos Gestión académica.	Plan sectorial de educación; Planes y programas de educación, normas de calidad de la educación formulación y evaluación de proyectos;

	Procedimientos del área académica; procedimientos de contratación; Ley general de educación, Modelos y procesos pedagógicos, Construcción de currículos y PEI, articulación de niveles educativos para: formular y aplicar indicadores de gestión; desarrollar técnicas de auditoría, técnicas de estadística; crear políticas y estrategias para garantizar el ingreso y la permanencia de los jóvenes de escasos recursos; acompañar integralmente a instituciones educativas; incrementar mejoras; cualificar docentes y recurso humano; direccionar procesos encaminados a la participación, reorganizar oferta educativa para potenciar recursos, dinamizar proyectos y fortalecer comunidades; promocionar medios tecnológicos y pedagógicos para elevar la calidad de la educación; diseñar e implementar procesos y proyectos para el mejoramiento educativo; implementar proyectos de derechos humanos.
Misionales Específicos Acceso y permanencia.	Procedimientos de control interno, Plan sectorial de educación; formulación y evaluación de proyectos; formulación y aplicación de indicadores de gestión, técnicas de auditoría, técnicas de estadística para: garantizar la demanda educativa; asegurar los servicios auxiliares de vigilancia, aseo, refrigerios y transporte escolar; desarrollar procesos para garantizar la cobertura, oferta, demanda, matrícula y óptima utilización de recursos; planear obras de infraestructura educativa.
Misionales Específicos Inspección y vigilancia.	Asegurar la pertinencia de los procesos de acceso y vigilancia, seguimiento a planes, programas y proyectos.

## 2) Trámite adelantado para la reclasificación

Superada la fase I del concurso y enterados los actores de que el cargo al que aspiraban había sido mal clasificado, se dirigieron ante la Secretaría de Educación del Distrito, dependencia en la que al examinar su situación, procedieron de inmediato, según obra a folio 21 del expediente a solicitar ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la reclasificación del cargo, de la prueba 136 a la prueba 85 y de allí en adelante sostuvieron reuniones y remitieron nuevos oficios con el mismo fin. Sin embargo, a la fecha de interposición de la presente acción, la Comisión Nacional del Servicio Civil, aún no les había dado ninguna solución al respecto.

Es cierto que de conformidad con el Decreto 785 de 2005, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por la Ley 909 de 2004, las competencias laborales, funciones y requisitos específicos para el ejercicio del cargo, deben ser fijados por las autoridades competentes para crearlos, como en efecto procedieron la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C. y el Departamento Administrativo del Servicio Civil, al expedir la Directiva No. 1 de 2005, por la cual conformaron el Comité Técnico, a quien se encargó la tarea de definir las competencias laborales y los perfiles de los empleos a proveer en la planta de cargos, a partir de las necesidades del servicio de las dependencias que los requieran.

Con base en el estudio efectuado, al reportar el cargo, la Secretaría de Educación del Distrito, lo asoció a la prueba 136 y ante la solicitud de los actores pretendió enmendar tal situación, como se desprende del intercambio de comunicaciones entre esa Entidad y la Comisión, como más adelante se verá, sin que hasta el momento le haya sido posible hacerlo.

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil, al contestar la acción, expone dos argumentos por los cuales afirma no es posible la reclasificación del cargo:

El primero, consistente en que analizadas las funciones del empleo frente al contenido temático de la prueba 85, encontró que las labores del cargo se refieren a apoyo y soporte del software que se corresponden más con la prueba 136 a la que fue asociado.

Respecto de esta afirmación, considera la Sala que ya quedó suficientemente claro que el empleo al que aspiran los actores (el mismo que desempeñan en provisionalidad), tiene unas funciones que tienen que ver directamente con la misión que cumple la Entidad para la que laboran (Secretaría de Educación del Distrito), por oposición a la prueba que le fue

asociada, cuyas funciones han sido catalogadas por la misma Comisión Nacional del Servicio Civil como “actividades genéricas de informática”.

El otro argumento lo hace consistir en que el empleo fue ofrecido a partir del 25 de enero de 2010 asociado a la prueba 136, que se refiere a actividades genéricas de informática, y de conformidad con lo señalado en el párrafo 2 del artículo 3º del Decreto 4500 de 2005, para ese momento ya no era posible reclasificar el empleo.

Dicha norma, dispone:

**Parágrafo 2º.** Tanto en la fase de preselección como en la específica, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá modificar cualquier aspecto de la convocatoria hasta antes de la fecha de iniciación de inscripciones, o de la escogencia del empleo en la segunda fase o específica.

Una vez iniciadas las inscripciones, o en la fase específica de escogencia de empleo sólo se podrá modificar el sitio, la fecha y hora de la aplicación de las pruebas.

Las modificaciones de que trata el presente artículo deberán ser divulgadas utilizando los mismos medios que la convocatoria inicial, por lo menos dos (2) días antes de la fecha de inscripciones o de aplicación de la prueba, según el caso. (Se subraya).

Lo primero que es necesario aclarar en relación con este punto, es que la Comisión Nacional del Servicio Civil, niega la reclamación porque para el 25 de enero de 2010, ya había ofertado el empleo, sin embargo, los actores desde el 23 de marzo de 2009 –casi un año antes- vienen solicitando ante la Alcaldía Mayor de Bogotá, el cambio de prueba para el empleo 54573 (fl. 21). Textualmente el Jefe de la Oficina de Personal, en abril de 2009, les comunica:

Bogotá, D.C., abril de 2009

Asunto: Solicitud cambio de prueba para el empleo de Profesional Universitario Código 219 Grado 18 ...

...

Como es de su conocimiento, de acuerdo con la clasificación de pruebas aplicables al nivel profesional definida por la CNSC, y el concepto que ha manejado la entidad según la cual ustedes se desempeñan como: Profesionales de Sistemas de Información, los cargos que desempeñan fueron reportados inicialmente para que hicieran parte de la prueba 136 ...

No obstante lo anterior, considerando la situación presentada por ustedes ante esta dependencia el miércoles 23 de marzo, procedimos **de inmediato** a solicitar a la Comisión la **reclasificación** de dichos cargos a la prueba 85 así:

...

De acuerdo con lo anterior, estamos atentos a confirmar que en efecto la Comisión haga los ajustes respectivos según nuestra solicitud y les estaremos comunicando la respuesta que dicha entidad nos haga llegar lo antes posible. (Subrayas fuera del texto).

Ante la reiteración de la solicitud por parte de los actores, en mayo de 2009, el mismo funcionario, les informa:

El pasado 30 de abril el Equipo Fase II de la CNSC, nos informó vía telefónica que revisada la situación frente al empleo con número OPEC 54573, teniendo en cuenta que uno de los 13 cargos **ya había sido ofertado** como parte del Grupo 1 Etapa 1 bajo la prueba 136, tal como lo habían manifestado mediante correo electrónico del 16 de abril para un caso similar: “no procede la reclasificación de dos vacantes del mismo empleo con distinta prueba”. (Se subraya)

En octubre de 2010, nuevamente el Jefe de Personal, solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil:

Inicialmente se remitió la solicitud vía correo electrónico, y posteriormente como anexo a la comunicación S-2010-051239 de marzo de 2010 radicada en la Comisión el 7 de abril. En respuesta la CNSC informó vía telefónica el 30 de abril, que teniendo en cuenta que uno de los 13 cargos ya había sido ofertado como parte del Grupo 1 Etapa 1 bajo la prueba 136, tal como lo habían manifestado mediante correo electrónico del 16 de abril para un caso similar

“no procede la reclasificación de dos vacantes del mismo empleo con distinta prueba”.

...

Actualmente de los citados 13 empleos bajo número de OPEC 54573 e inicialmente cubiertos en su momento por el Acto Legislativo 001 de 2008, han sido ofertados dos empleos, uno como parte del denominado Grupo 1 – Etapa 1 y en el que ya se efectuó el nombramiento en período de prueba, y otro clasificado por la Comisión como Grupo 1 – Etapa 2 ofertado en el mes de abril.

Ponemos pues a consideración nuevamente esta situación, en relación con los 11 empleos clasificados para oferta en el Grupo 2 – Acto Legislativo, para los cuales los funcionarios desean aplicar en el concurso de méritos en desarrollo.

Quedamos atentos a la decisión, la cual daremos a conocer de manera inmediata a los funcionarios solicitantes, a quienes estamos remitiendo copia de esa comunicación en respuesta a su requerimiento.

El 3 de marzo de 2011, la Jefe de la Oficina de Personal (fl. 42), se dirige nuevamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los siguientes términos:

Por medio del presente acuso recibo del oficio de la referencia, permitiéndome ampliar la información con respecto al empleo con OPEC 54573, en el sentido de reiterar que esos cargos son responsables de aplicar las políticas en cuanto a oferta y demanda de cupos escolares, **lo cual los hace misionales**. Para mayor claridad al respecto, adjunto copia del manual de funciones para el cargo Profesional Universitario 219-18 ubicado en las direcciones locales de educación, aclarando que el software que esos cargos administran, es el relacionado con el sistema de matrículas y de información estadística –DANE-.

Respetuosamente solicito una vez más, que se estudie el caso de estos once empleados para que los funcionarios que superen el concurso de méritos se ajusten al perfil requerido para que la entidad pueda cumplir con las metas establecidas en el plan sectorial de educación. (Se subraya).

En consecuencia, no es de recibo la argumentación expuesta por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el sentido de que para el 25 de enero de 2010 ya había sido ofertado un cargo, por cuanto de conformidad con el párrafo 2º del artículo 3º del Decreto 4500 de 2005, antes transcrito, la posibilidad de modificar la convocatoria, en la segunda fase, va **hasta la escogencia del empleo** y tales cambios pueden ser informados hasta dos días antes de la aplicación de la prueba.

Es decir, que la sola oferta del empleo no impide la modificación de la convocatoria, lo que imposibilita la reforma es la escogencia del empleo e independientemente de ello, lo cierto es que la Comisión alega que para el 25 de enero de 2010 ya no se podía modificar la convocatoria y sin embargo, como se pudo apreciar, a la fecha, los actores llevan más de dos años intentando la reclasificación.

Por lo expuesto, la Sala concluye que los derechos fundamentales de los actores, concretamente el debido proceso y de igualdad, han sido vulnerados. El primero, porque con fundamento en una hipótesis no contemplada en la norma, se les está imponiendo la realización de un examen que no se relaciona o que se relaciona sólo en parte con las funciones del empleo al que aspiran y el segundo, porque a los demás aspirantes, se les aplicó o aplicará una prueba que corresponde realmente con las funciones que van a desempeñar. Así mismo, dicha omisión se constituye en una amenaza grave del derecho de acceso a la función pública.

Por lo anterior, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, cumplir con las previsiones del numeral 3, artículo 31 de la Ley 909 de 2004 modificado por la Ley 1033 de 2006. Para el efecto deberá aplicar a los actores la prueba con la que realmente se pueda apreciar su capacidad, idoneidad **y adecuación** al empleo al que aspiran con el fin de establecer si efectivamente pueden **desempeñar las funciones del mismo**.

La obligación de cumplir la orden se radica en cabeza de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto la Ley le impone la función de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público, para lo cual

debe velar por el logro de la finalidad de las normas de carrera administrativa, sin que le sea posible escudarse en las actuaciones de la Entidad territorial.

Las pruebas deben cumplir con los objetivos para los que son diseñadas, entre ellos: 1) medir la efectividad en el cumplimiento de las funciones en garantía del servicio público y 2) el respeto por los derechos de los aspirantes a que la evaluación tenga relación directa con las funciones del cargo al que aspiran, más aún, tratándose de un empleo con funciones misionales.

Es cierto, como lo dice la Comisión Nacional del Servicio Civil, que la entidad territorial fue la que asoció el cargo a la prueba 136 y desde allí empieza la vulneración de los derechos de los actores. Sin embargo, la Alcaldía del Distrito Especial ha intentado solucionar tal situación y reiteradamente ha tratado de obtener la modificación solicitada, sin éxito.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**REVÓCASE** la providencia impugnada, proferida el 12 de abril de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual negó la tutela de los derechos de los actores. En su lugar:

**AMPÁRANSE** los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad de CAMILO FAJARDO PRIETO, CHARLES VLADIMIR GONZÁLEZ CORDOBA, MÓNICA JANNETH RAMÍREZ MORENO Y JACQUELINE SANTOS HERRERA.

Como consecuencia de lo expuesto, se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil aplicar a los actores la prueba que como empleo de

carácter misional de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, le corresponde al cargo 54573 (Profesional Universitario 219-18).

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese copia de este fallo al Tribunal de origen.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase.**

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN      ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO