

CONCURSO DE MERITOS COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL - Grupos para la publicación de empleos / OFERTA PUBLICA DE EMPLEOS - Comisión Nacional de Servicio Civil debe comprobar que cargos estén incluidos en grupos correspondientes / DEBIDO PROCESO - Vulneración por indebido reporte de cargos ofertados en concurso de méritos de la Comisión Nacional de Servicio Civil / DERECHO A LA IGUALDAD - Vulneración por indebido reporte de cargos ofertados en concurso de méritos de la Comisión Nacional de Servicio Civil

Dentro del concurso de méritos, la Comisión Nacional de Servicio Civil advirtió que la publicación definitiva de los empleos se llevará a cabo en tres grupos, el primero de cargos en vacancia definitiva reportados por las entidades con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 que no se encuentren en ninguno de los dos grupos subsiguientes. El segundo los cargos reportados a través del aplicativo "Reporte de empleos y servidores públicos que estuvieron cobijados por el acto legislativo", al que podrán inscribirse los aspirantes habilitados que no se han inscrito en la fase II pero que procedan a ello en la fecha que señale en su oportunidad la CNSC, la cual será posterior al 7 de diciembre de 2009. El tercero está compuesto por servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad en condición de prepensionados conforme al Decreto 3905 de 2009. Lo anterior evidencia que la Comisión Nacional del Servicio Civil, luego de la inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008, continuó con el trámite de la Convocatoria 01 de 2005 incluyendo en ella a quienes agotaron la primera etapa pero no continuaron con el trámite por tener la expectativa de ingresar a la carrera mediante inscripción extraordinaria. (...) Si bien es cierto las entidades públicas son las que deben actualizar la oferta pública de empleos de carrera (OPEC) en el término fijado, también lo es que la Comisión Nacional del Servicio Civil debe comprobar que los cargos estén incluidos en el grupo que les corresponde según las directrices fijadas por ésta y, en casos específicos como el presente, constatar que el empleo que está siendo ocupado en provisionalidad por un empleado que estuvo cobijado por el acto legislativo, esté incluido en el grupo II. Por otra parte la Sala observa que es evidente el error de la entidad al no haber ofertado los cargos tal como lo dispuso la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro del aplicativo diseñado para tal fin, pues lo cierto es que la entidad demandada amparó a las personas que habían realizado la inscripción extraordinaria, y pese a la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo, reinició el Concurso respecto de las personas que se encontraba amparadas por dicho acto. La entidad explica, que la actora puede verse afectada en el momento en que vayan a hacer la escogencia del empleo específico, toda vez que no podrá seleccionar el cargo que viene ocupando en provisionalidad como tampoco el 21765 por cuanto estos empleos se ofertaron en el Grupo 1 etapa 3, contando en ese caso con personas que ya se encuentran inscritas para ese cargo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D. C, cuatro (4) de noviembre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 85001-23-31-000-2010-00128 01(AC)

Actor: MARTHA PATRICIA CALDERON FERNANDEZ

Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO

Decide la Sala la impugnación incoada por la accionante contra la Sentencia de 4 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que negó los derechos fundamentales de petición y trabajo, y tuteló los derechos a la igualdad y debido proceso deprecados por la señora Martha Patricia Calderón Fernández.

ESCRITO DE TUTELA

La señora Martha Patricia Calderón Fernández, obrando en nombre propio, instauró acción de tutela como mecanismo transitorio contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Municipio de Aguazul Casanare, con la finalidad de que se le protejan los derechos fundamentales a la igualdad, petición, trabajo y debido proceso, vulnerados por el Municipio de Aguazul, al reportar de manera errada los cargos ofertados a la Comisión Nacional del Servicio Civil, omitiendo su aclaración en la Convocatoria No 001 de 2005.

Como consecuencia solicitó a la Secretaría del Municipio subsane el error cometido informando a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que realice la corrección del cargo reportado por la Alcaldía correspondiente al número de empleo 21762 del Grupo número I Etapa 3 al Grupo número II, acorde a lo expuesto en la inscripción del cargo informando de manera correcta a la Comisión Nacional del Servicio Civil y ofertar su cargo en el Grupo II.

Como hechos que sirvieron de sustento a las pretensiones narró los siguientes:

La Comisión Nacional del Servicio Civil publicó la Convocatoria No 001 de 2005, para proveer los empleos de carrera que se encuentran provistos en provisionalidad o encargo, estableciendo que se realizaría en dos fases: uno (prueba general de preselección y dos (pruebas específicas -competencias funcionales y comportamentales y de análisis de antecedentes) siendo culminada con la lista de elegibles y nombramiento en período de prueba.

La actora realizó la inscripción correspondiente a la Convocatoria, a través de la transacción No 20047216 grupo IV para el nivel profesional, presentando la prueba básica que la habilitó para continuar en la segunda fase del concurso.

El Acto Legislativo 001 de 2008, adicionó el artículo 125 de la Constitución Política, mediante el cual señaló que la Comisión Nacional del Servicio Civil contados a partir de la vigencia del Acto legislativo haría inscripciones extraordinarias, sin necesidad de concurso público a servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004 estuvieran ocupando cargos de carrera en calidad de provisionales.

Afirma estar vinculada en provisionalidad desde el 16 de marzo de 2004, en el cargo de Profesional Universitario código 219 grado 04 de la Secretaría General en la Alcaldía del Municipio de Aguazul Casanare, cargo que es de carrera administrativa y en el cual labora en la actualidad en calidad de provisional mientras se surten los concursos públicos para acceder al sistema de carrera.

En Sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009, la Corte Constitucional declaró inexecutable el Acto Legislativo No 001 de 2008, determinó efectos retroactivos en el sentido de continuar los concursos públicos que se hubieran suspendido, careciendo de efecto las inscripciones extraordinarias en carrera o los ingresos automáticos que se hubieran realizado con fundamento en el Acto Legislativo.

Con la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo No 001 de 2008 y la expedición del Decreto 3905 de 2009, la accionada decidió publicar la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC en tres grupos a través de la Resolución No 0197 de 2010, conforme a lo establecido en la Circular No 054 de 2009.

Mediante la Circular No 048 de 2009 la CNSC, ordenó a las entidades reportar los empleos sobre los cuales los servidores estaban concursando en la Convocatoria No 001 de 2005 que estando habilitados no continuarían por tener la opción de la inscripción extraordinaria por encontrarse cobijados por el Acto Legislativo, y para efectuar dicho reporte la accionada habilitó un aplicativo para que las entidades realizaran el reporte OPEC de Grupo II, acorde a lo dispuesto en la Circular conjunta No 74 de la CNSC.

En consecuencia la Alcaldía del Municipio Aguazul inscribió todos los empleos incluyendo el que ostentaba la actora, sin aclarar que se encontraba cobijado por el Acto Legislativo, tal como lo ordenó la accionada.

El 23 de marzo de 2010, la accionante realizó la correspondiente inscripción en el Grupo temático dentro del cronograma establecido en la Resolución No 197 de 22 de febrero de 2010, expedida por la CNSC, motivo por el cual se encuentra pendiente de presentar la fase II, la cual se abstuvo de presentar por encontrarse amparada por el Acto Legislativo No 001 de 2008 en la inscripción extraordinaria.

No obstante lo anterior, el cargo al que se inscribió y que en la actualidad se encuentra en provisionalidad esta siendo ofertado a partir de 28 de junio de 2010, dentro de la Convocatoria No 001 de 2005 OPEC Grupo I etapa 3, cuando este cargo estuvo cobijado por el Acto Legislativo 001 de 2008, si los asignados al Grupo I corresponden a los cargos en vacancia definitiva reportados por las entidades con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 que no se encuentren en el segundo y tercer grupo, el cual debió ser reportado por la Alcaldía en el aplicativo "Reporte de empleos y servidores públicos que estuvieron amparados por el Acto Legislativo dentro del plazo señalado el cual concluyó el 7 de diciembre de 2009.

El 26 de julio de 2010 radicó petición en la Secretaría General de la Alcaldía del Municipio de Aguazul, a través de la cual solicitó se subsanara la información corrigiendo el error registrando su inscripción en el Grupo II.

El 13 de agosto de 2010 la entidad accionada respondió la petición mediante Resolución No 001, con argumentos distintos a los solicitados, vulnerando de esta manera el derecho de petición de la actora.

Afirma que en la Resolución anteriormente citada informa que el día 6 de octubre reportó los siguientes empleos: nivel profesional, número de empleos 7, sin especificar cuántos de estos empleos se encontraron cobijados por el Acto Legislativo No 01 de 2008.

El actuar omisivo de la Secretaría General de la Alcaldía de Aguazul le puede causar un perjuicio irremediable al no corregirle la inscripción, encontrándose en

desigualdad de condiciones frente a los demás empleados que se encuentran en provisionalidad.

Argumenta ser madre cabeza de familia cuyos ingresos obtenidos en el actual cargo son el sustento de su hijo de 6 años.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Casanare mediante Sentencia de 4 de octubre de 2010 (fls. 134 a 143) negó la tutela incoada respecto de los derechos fundamentales de petición y trabajo, tutelando los derechos a la igualdad y debido proceso, acorde a la siguiente fundamentación:

Pese a la existencia de otro medio de defensa judicial el A-quo siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado encontró procedente analizar de fondo la presente acción pues si la entidad demandada ha vulnerado el debido proceso de la actora, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo ordinario establecido por la Ley para reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa y no resulta eficaz para restablecer los derechos fundamentales conculcados por los actos administrativos proferidos en desarrollo de las etapas del Concurso.

Respecto del derecho al trabajo no aparece demostrada en el Sub-lite, porque, la participación en el concurso de méritos sólo constituye una mera expectativa para acceder al empleo, y no garantiza su aprobación ni el ingreso al servicio.

La respuesta del Municipio de Aguazul al no haberle contestado en concreto la petición presentada por la actora el 23 de julio de 2010, (fls. 15 a 20), si bien es cierto que no presenta claridad, lo cierto es que en ella se analizó la solicitud de la tutelante, negándola en la parte resolutive.

Frente a los derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad se observa que el Municipio de Aguazul no dio correctamente la información relacionada con el cargo No 21762 y/o profesional universitario código 219 grado 04, motivo por el cual la CNSC lo clasificó dentro del primer grupo, cuando debió haberse clasificado dentro del segundo grupo por tratarse de un cargo de vacancia

definitiva reportado por la entidad con anterioridad al 7 de diciembre de 2009, pero amparado por el Acto Legislativo No 001 de 2008.

Se evidencia que las entidades accionadas no le garantizaron a la tutelante el debido proceso administrativo y el derecho a la igualdad respecto del cargo para el cual se inscribió, violándole también de contera el artículo 40 numeral 7 de la Constitución Política que consagra el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político en la modalidad de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

Finalmente tampoco son de recibo los argumentos del Municipio de Aguazul pues es evidente que no le dio cumplimiento a la solicitud efectuada por la CNSC en las Circulares Nos 53 y 54 de 2009.

LA IMPUGNACION

La Comisión Nacional del Servicio Civil impugnó el anterior proveído, con los siguientes razonamientos: (fls. 161 a 163):

De conformidad con lo previsto en la Resolución No 1601 de 2009, la provisión de empleos en vacancia definitiva según la fecha de provisión se realizaría en tres grupos:

- **Primer Grupo: OPEC de cargos de vacancia definitiva reportados con por las entidades con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 que no se encuentren el en segundo y en el tercer grupo. A su vez, la publicación definitiva de la oferta pública de Empleos de Carrera -OPEC- del primer grupo se realizará en tres etapas a saber:
Etapa 1: Oferta Pública de empleos de Carrera -OPEC- de cargos en vacancia definitiva provistos con posterioridad al 23 de septiembre de 2004 y cargos en vacancia definitiva que no se encuentren provistos.
Etapa 2: Oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de cargos de vacancia definitiva provistos durante el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 23 de septiembre de 2004.
Etapa 3. Oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de cargos de vacancia definitiva provistos con anterioridad al 31 de diciembre de 1999.**
- **Segundo Grupo: OPEC reportados a través del aplicativo “Reporte de empleos y servidores públicos que estuvieron cobijados por el acto legislativo”, desempeñados por empleados provisionales**

habilitados para continuar en la Fase II de la Convocatoria No 001 de 2005y que no hayan escogido empleo específico o grupo temático.

- Tercer Grupo: OPEC de cargos en vacancia definitiva que vienen siendo desempeñados por servidores públicos provisionales en condición de prepensionados acorde a lo establecido en el Decreto No 3905 de 2009, reportados y certificados a través de aplicativo “Reporte de información de empleos en vacancia definitiva desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados conforme al Decreto No 3905 de 2009”.

La demandada capacitó a las entidades publicando en su página web el instructivo para la consolidación de la OPEC del Sistema General de Carrera, dirigido a las entidades nominadoras donde se advirtió lo siguiente:

“...

“Recuerde diligenciar el modo y fecha de provisión para cada uno de los empleos reportados, toda vez que esta información es el referente para la oferta de los mismos en las etapas establecidas en los cronogramas de actividades. En todo caso, si dicha información no es diligenciada, los empleos serán ofertados en la segunda etapa”

Frente al reporte de empleos realizado al Municipio de Aguazul se encontró que la provisión reportada por la entidad en el aplicativo creado para la provisión del empleo identificado con el código OPEC 21762, fue reportado sin informar que el empleo venía siendo desempeñado por una funcionaria vinculada en provisionalidad desde el 16 de marzo de 2004, motivo por el cual el empleo fue ofertado en el Grupo I etapa 3, por lo tanto es imposible para la Comisión conocer esta situación, competencia que es exclusiva de las entidades que reportan los empleos, en consecuencia, de conformidad con la Resolución 1601 de 2009, el empleo en discusión debía ser reportado en el Grupo I etapa 3, como efectivamente lo hizo la demandada.

Sumado a lo anterior el empleo identificado con la OPEC 21765 se ofertó el 28 de junio de 2010 por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la fecha se encuentran más de 10 personas inscritas para él, lo cual implica que posteriormente se conformará lista de elegibles para la provisión de este empleo.

Por otra parte según lo establecido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la Convocatoria es norma reguladora de todo Concurso y obliga tanto a la

administración como a los participantes, por que no puede ser desconocido por las partes.

El hecho de que la tutelante este activa en la Convocatoria encontrándose pendiente de presentar prueba comportamental, demuestra que no existe ningún tipo de perjuicio por parte de la accionada, insistiendo que no es la competente para proveer los empleos.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.-

Consiste en determinar si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales de petición, trabajo, igualdad y debido proceso a la demandante al ofertar el cargo No 21762 y/o profesional universitario código 219 grado 04 en el Grupo 1 etapa tres, y no en el Grupo II, como debió hacerse por encontrarse amparado por el Acto Legislativo No 001 de 2008, previsto en la Convocatoria No 001 de 2005.

De lo probado en el proceso.-

A folio 34 del expediente obra Acta de Posesión No 30, mediante la cual el Alcalde del Municipio de Aguazul del Departamento de Casanare nombró a la actora en el cargo de Profesional Universitario (área sistemas), código 340, grado 04.

Mediante Resolución No 124 de 16 de marzo de 2004 la actora ingresó a la Alcaldía del Municipio de Aguazul del Departamento de Casanare en el cargo de Profesional Universitario en (área de sistemas) código 340, grado 04, en provisionalidad (fl.9).

Obra en el expediente copia del formulario de inscripción extraordinaria en carrera administrativa Acto Legislativo 01 de 2008, realizada por la tutelante el 8 de julio de 2009, siendo radicada en la misma fecha en las dependencias de la Alcaldía del Municipio accionado, como consta en el sello de recibido de la Alcaldía (fl. 10).

El 23 de julio de 2010, mediante petición radicada en las dependencias de la Alcaldía del Municipio solicitó lo siguiente:

- 1. ...”Solicito que la Alcaldía del Municipio de Aguazul Casanare a través de la Secretaría General “responsables” de la emisión de la**

información del concurso realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil se subsane oportunamente la información que no se reportó a tiempo por parte del Municipio a través del aplicativo *“Reporte de empleos y servidores públicos que estuvieron cobijados por el acto legislativo”* dentro del plazo señalado el cual concluyó el 7 de diciembre de 2009 a la CNSC.”.. (fl. 13)

La entidad accionada mediante Resolución No 001 de 13 de agosto de 2010, resolvió la petición de la actora (fl. 15). Argumenta que por la declaratoria de inexecutable del Acto legislativo mediante Sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009, la entidad no había reportado los cargos ofertados, los cuales solo fueron publicados hasta el 6 de octubre de 2009, reportando los siguientes empleos:

NIVEL DE EMPLEO	TOTAL EMPLEO
PROFESIONAL	7
TECNICO	3
ASISTENCIAL	1

El día 28 de octubre de 2009, a través de la Circular No 054, que aclara la No 053 del día anterior, se informaron las condiciones que se adoptarían respecto de la Convocatoria No 001 de 2005, con ocasión de la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo, reiniciando el Concurso, respecto de los empleados que fueron amparados por el Acto Legislativo.

Explica que en la Circular No 053 de 27 de octubre de 2009 se estableció que la publicación definitiva de los empleos de las aplicaciones IV y V, serían ofertados en el Grupo I, y que la accionada por no haber alcanzado a tramitar ante la CNSC petición de inscripción extraordinaria eliminó la posibilidad de que algún funcionario fuera amparado por el Acto Legislativo.

El 14 de septiembre de 2010 la CNSC, respondió la petición de la actora respecto de la corrección del reporte en OPEC de Grupo I a Grupo II, para lo cual manifestó lo siguiente:

...” Para el reporte de los empleos que eventualmente estuvieron cobijados por el acto legislativo No 001 de 2008, la CNSC dispuso un aplicativo web para que las entidades hicieran el reporte en la OPEC de Grupo II, el cual estuvo

habilitado hasta el 7 de diciembre de 2009, atendiendo lo dispuesto en el párrafo segundo de la circular conjunta No 74 que establece: "...El envío de la información requerida debe hacerse a través del aplicativo dispuesto para tal fin en la página de la Comisión www.cnsc.gov.co a más tardar el día 7 de diciembre de 2009..." .

Su nombre y por ende el empleo 21762 que usted desempeñaba no fue reportado en las condiciones precitadas, motivo por el cual no formará parte de la OPEC del segundo grupo.

Finalmente y teniendo en cuenta que son las entidades responsables de hacer el respectivo reporte conforme a las directrices estipuladas por esta Comisión en la Circular 074, la Comisión no tiene responsabilidad de las omisiones o errores en los reportes OPEC

Con lo anterior damos respuesta a su solicitud"... (fl. 24)

A folio 117 del expediente obra requerimiento efectuado por el Tribunal a la Comisión Nacional del Servicio Civil de 29 septiembre de 2010, con el fin de que explique las condiciones en las cuales la actora se encuentra participando en la Convocatoria No 001 de 2005 para los cargos distinguidos con los números 21762 y 21763 ó para cual de ellos, y las consecuencias que se generan al estar clasificada en el Grupo I Etapa 3 y no en el Grupo II OPEC Cargos de vacancia definitiva provistos durante el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 23 de septiembre de 2004, estando amparada por el Acto Legislativo No 001 de 2008.

La Comisión Nacional del Servicio Civil dio respuesta al requerimiento solicitado el 4 de octubre de 2010 (fl.149) de la siguiente manera:

1. El equipo técnico de la fase II de la Convocatoria No 001 de 2005 verificó la base de datos y constató que la señora MARTHA PATRICIA CALDERON FERNANDEZ se encuentra participando en la Convocatoria 001 de 2005 y su estado es el siguiente:

- **Presentó la Prueba Básica General de Preselección en la cual obtuvo un puntaje de 65, quedando habilitada para continuar en el proceso.**
- **Se inscribió a Fase II en la cual escogió la actividad de desempeño 136. La prueba de competencias laborales será aplicada el 10 de octubre de 2010.**

- No se ha fijado fecha para la escogencia de empleo específico, razón por la cual la citada señora no se encuentra inscrita en los empleos 21762 o 21765
- 2. En este punto es pertinente señalar que de conformidad con lo previsto en la Resolución No 1601 de 2009, la publicación de empleos con vacancia definitiva según la fecha de provisión se realizaría por la entidad de la siguiente manera:
 - Primer Grupo: OPEC de cargos de vacancia definitiva reportados con por las entidades con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 que no se encuentren el en segundo y en el tercer grupo. A su vez, la publicación definitiva de la oferta pública de Empleos de Carrera -OPEC- del primer grupo se realizará en tres etapas a saber:
 - Etapa 1: Oferta Pública de empleos de Carrera -OPEC- de cargos en vacancia definitiva provistos con posterioridad al 23 de septiembre de 2004 y cargos en vacancia definitiva que no se encuentren provistos.
 - Etapa 2: Oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de cargos de vacancia definitiva provistos durante el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 23 de septiembre de 2004.
 - Etapa 3. Oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de cargos de vacancia definitiva provistos con anterioridad al 31 de diciembre de 1999.
 - Segundo Grupo: OPEC reportados a través del aplicativo “Reporte de empleos y servidores públicos que estuvieron cobijados por el acto legislativo”, desempeñados por empleados provisionales habilitados para continuar en la Fase II de la Convocatoria No 001 de 2005 y que no hayan escogido empleo específico o grupo temático.
 - Tercer Grupo: OPEC de cargos en vacancia definitiva que vienen siendo desempeñados por servidores públicos provisionales en condición de prepensionados acorde a lo establecido en el Decreto No 3905 de 2009, reportados y certificados a través de aplicativo “Reporte de información de empleos en vacancia definitiva desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados conforme al Decreto No 3905 de 2009”.

Aduce que en el caso particular el Municipio de Aguazul no reportó a través del aplicativo Web citado anteriormente el empleo No 21762 desempeñado por la señora Martha Patricia Calderón Fernández, razón por la cual se ofertó en el Grupo I etapa 3.

Conforme a lo manifestado, las consecuencias que ello generan para la concursante son que en el evento de resultar habilitada para hacer escogencia del empleo específico, no podrá seleccionar el cargo que viene ocupando en provisionalidad ni el 21765, por cuanto estos empleos se ofertaron en Grupo I etapa 3 y cuentan con inscritos.

Contestación de la acción

El Municipio de Aguazul Departamento de Casanare contestó la tutela acorde a los siguientes argumentos (fl.36 a 42)

El Municipio en ningún momento alcanzó a tramitar ante la CNSC, la correspondiente inscripción extraordinaria en carrera administrativa, mediante diligenciamiento previo del formulario para empleados diseñado para tal fin por la misma Comisión, teniendo en cuenta que con la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo No 001 de 2008, se eliminó la posibilidad de que algún funcionario quedara amparado por dicho acto, razón por la cual figura la actora en el primer grupo de los inscritos de la OPEC y no en el segundo grupo.

Aduce que debe negarse la tutela solicitada, toda vez que acorde a las decisiones jurisprudenciales eliminaron la posibilidad de cobijar el cargo indicado por la actora en el Grupo II, pues como se explicó la entidad no alcanzó a realizar el trámite correspondiente de actualización de cargos de la OPEC.

La Comisión Nacional del Servicio Civil contestó la tutela acorde a la siguiente fundamentación (fl 127):

De conformidad con lo previsto en la Resolución No 1601 de 2009, la provisión de empleos en vacancia definitiva según la fecha de provisión se realizaría en tres grupos.

Por otra parte la demandada capacitó a las entidades publicando en su página web el instructivo para la consolidación de la OPEC del Sistema General de Carrera, dirigido a las entidades nominadoras donde se advirtió lo siguiente:

“Recuerde diligenciar el modo y fecha de provisión para cada uno de los empleos reportados, toda vez que esta información es el referente para la oferta de los mismos en las etapas establecidas en los cronogramas de actividades. En todo caso, si dicha información no es diligenciada, los empleos serán ofertados en la segunda etapa”

Por lo anterior, y frente al reporte de empleos realizado al Municipio de Aguazul se encontró que la provisión reportada por la entidad en el aplicativo creado para la provisión del empleo identificado con el código OPEC 21762, fue reportado sin informar que el empleo venía siendo desempeñado por una funcionaria vinculada

en provisionalidad desde el 16 de marzo de 2004, motivo por el cual el empleo fue ofertado en el Grupo I etapa 3, por lo tanto es imposible para la Comisión conocer esta situación, ya que la competencia es exclusiva de las entidades que reportan los empleos, en consecuencia, de conformidad con la Resolución 1601 de 2009, el empleo en discusión debía ser reportado en el Grupo I etapa 3, como efectivamente lo hizo la demandada.

Sumado a lo anterior el empleo identificado con la OPEC 21765 se ofertó el 28 de junio de 2010 por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la fecha se encuentran más de 10 personas inscritas para él, lo cual implica que posteriormente se conformará lista de elegibles para la provisión de este empleo.

Por otra parte según lo establecido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la Convocatoria es norma reguladora de todo Concurso y obliga tanto a la administración como a los participantes, por que no puede ser desconocido por las partes.

El hecho de que la tutelante este activa en la convocatoria encontrándose pendiente de presentar prueba comportamental, demuestra que no existe ningún tipo de perjuicio por parte de la accionada, insistiendo que no es la competente para proveer los empleos.

Análisis de la Sala.-

La accionante pretende que la Comisión Nacional del Servicio Civil incluya el cargo que ocupa actualmente en provisionalidad en la Alcaldía del Municipio de Aguazul del Departamento del Casanare, en el Grupo II de la Convocatoria 01 de 2005, en razón a que eventualmente fue cobijada por el acto legislativo 01 de 2008 y, que según su dicho, el ente territorial inscribió erradamente en la OPEC (Oferta Pública de Empleos de Carrera) por lo que fue ofertada en el grupo I.

Del Concurso de Méritos

En cumplimiento de la Ley 909 de 2004 la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó la Convocatoria 001 de 2005 en la que abrió el Concurso de Méritos para acceder a la carrera administrativa.

La Convocatoria describió el proceso de selección dividiéndolo en dos fases, la primera, en una prueba básica general de preselección en donde los aspirantes orientaban el cargo de su preferencia por rangos según el nivel jerárquico al que aspiraban; en la segunda elegían el empleo público específico al que querían acceder.

Con motivo del Acto Legislativo 001 de 26 de diciembre de 2008, que reformó el artículo 125 de la Constitución Política en el sentido de darle estabilidad a los empleados públicos provisionales que estaban ocupando cargos de carrera a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 909 (23 de septiembre de 2004), se suspendió el Concurso de Méritos hasta que se llevara a cabo el trámite de inscripción extraordinaria en carrera.

Como la reforma anterior fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-588 de 27 de agosto de 2009, la Comisión Nacional del Servicio Civil, expidió la Circular No. 053 de 27 de octubre de 2009, fijando las siguientes reglas:

“[...] Frente al referido fallo la CNSC emitió la Circular No. 48 de 2009, “Impacto de la sentencia C-588 de la Corte Constitucional respecto del Acto Legislativo No. 001 de 2008”, la cual indicó en el numeral 5, que antes del 25 de septiembre de 2009 las entidades debían reportar los empleos sobre los cuales los servidores estaban concursando en la Convocatoria 001 de 2005 y que estando habilitados no continuaron en la segunda fase, por cuanto consideraban que tenían la opción de la inscripción extraordinaria.”

Para tal efecto, la CNSC diseñó un aplicativo denominado: “Información relacionada con los servidores públicos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008”, el cual se encuentra dispuesto en la Página Web ([www. cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co)) y debe ser diligenciado por las entidades. El plazo para el reporte de la información de este aplicativo se amplía hasta el 7 de diciembre de 2009.

Entonces, en cumplimiento de la Sentencia C-588 de 2009, la CNSC reinicia el concurso de los empleos que reporten las entidades hasta el 7 de diciembre de 2009 a través del aplicativo: “Información relacionada con los servidores públicos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008.”

Para estos cargos podrán concursar todos los aspirantes habilitados para continuar en la Fase II de la Convocatoria No. 001 de 2005 que no se inscribieron para esta Fase dentro de los términos señalados por la CNSC. Las fechas para la inscripción y la realización de las pruebas será fijada oportunamente por la CNSC.

Los aspirantes que no superaron la prueba básica general de preselección, la prueba de competencias funcionales, los citados que no se presentaron a la aplicación de las pruebas eliminatorias o fueron inadmitidos por no cumplimiento de requisitos, se encuentran excluidos del proceso de selección y por lo tanto no podrán inscribirse nuevamente en la fase II [...] (Subrayas fuera de texto)

Lo anterior evidencia que los servidores públicos que estuvieron cobijados por el Acto Legislativo que no se inscribieron en la fase II por tener el beneficio de inscripción extraordinaria en carrera, pudieron continuar con esta fase luego de la declaratoria de inexequibilidad, siempre y cuando hubieran demostrado los requisitos, superado las pruebas de preselección y competencias funcionales y asistido a las pruebas eliminatorias.

Las reglas anteriores fueron corroboradas a través de la Resolución No. 054 de 2009, mediante la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil reiteró que los Representantes Legales de las entidades debían reportar a dicha entidad, con anterioridad al 7 de diciembre de 2009, los empleos de carrera administrativa con vacancia definitiva provistos en cualquier modalidad o que se encuentren vacantes a través del aplicativo de la página web denominado **“Reporte Información Empleos Públicos”**, guardando especial atención en el diligenciamiento del módulo **“modo y fecha de provisión”** dado que los vinculados en provisionalidad antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 (23 de septiembre), serían reportados en otro aplicativo con el fin de incluirlos en el grupo que designó la Comisión.

Advirtió que la publicación definitiva de los empleos se llevará a cabo en tres (3) grupos, el primero de cargos en vacancia definitiva reportados por las entidades con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 que no se encuentren en ninguno de los dos (2) grupos subsiguientes. El segundo los cargos reportados a través del aplicativo **“Reporte de empleos y servidores públicos que estuvieron cobijados por el acto legislativo”**, al que podrán inscribirse los aspirantes habilitados que no se han inscrito en la fase II pero que procedan a ello en la fecha

que señale en su oportunidad la CNSC, la cual será posterior al 7 de diciembre de 2009. El tercero está compuesto por servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad en condición de prepensionados conforme al Decreto 3905 de 2009.

Lo anterior evidencia que la Comisión Nacional del Servicio Civil, luego de la inexecutable del Acto Legislativo 01 de 2008, continuó con el trámite de la Convocatoria 01 de 2005 incluyendo en ella a quienes agotaron la primera etapa pero no continuaron con el trámite por tener la expectativa de ingresar a la carrera mediante inscripción extraordinaria.

Por tal razón, y para no dejar suspendido el trámite de la Convocatoria, la Comisión Nacional del Servicio Civil permitió que las entidades públicas actualizaran la oferta pública de empleos incluyendo, en un segundo grupo, el cargo y el funcionario que eventualmente fue beneficiario del acto legislativo.

Así fijó los términos y condiciones que rigen la Convocatoria 01 de 2005, que son de obligatorio cumplimiento de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que a la letra dice:

“ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCION O CONCURSO. El proceso de selección comprende:

- 1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es 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....”.**

En este sentido, observa la Sala que fue la Comisión Nacional del Servicio Civil la que impuso el ordenamiento del concurso creando tres grupos para la publicación definitiva de empleos es decir, que también es su obligación verificar que la persona y el cargo estén ubicados en el grupo que le corresponde según las directrices fijadas.

La Corte Constitucional, en sentencia T-433 de 30 de mayo de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, respecto del principio de legalidad, garantía fundamental del debido proceso, consideró lo siguiente

“Desde un punto de vista objetivo, el principio de legalidad constituye uno de los fundamentos bajo los cuales está organizado constitucionalmente el ejercicio del poder en un Estado social de derecho (C.N. art. 1º). Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, el respeto por el principio de legalidad constituye una garantía fundamental del derecho al debido proceso, que vincula a todas las autoridades del Estado y que se concreta en el respeto de los derechos adquiridos, de los procedimientos, y del derecho de defensa. En efecto, el principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, “de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes.”¹ La Corte ha sostenido que este principio puede concretarse en dos aspectos, a saber: que exista una ley previa que prevea la hipótesis o situación de que se trate, y que tal tipificación sea precisa en la determinación y consecuencia de dicha situación o conducta, aspectos que buscan limitar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio de sus prerrogativas².

El principio de legalidad es, como se dijo, constitutivo del debido proceso y está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, al establecer que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Es más, esta Corporación ha sostenido que “el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos.”³

...la condición de estar estudiando - exigida a los hijos del difunto entre dieciocho y veinticinco años para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes -, no puede ser adicionada con otros requisitos, tales como la regularidad, seriedad y éxito de los estudios, pues esto constituye una vulneración al debido proceso porque se desconoce el principio de legalidad, al no estar tales condiciones consagradas en la norma que regula la materia.

De esto se desprende que, frente al caso concreto, la aplicación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 por parte del Seguro Social es arbitraria, porque al establecer requisitos que no se encuentran en la ley se desconocen los derechos en cabeza de quien cumple con las condiciones para ser beneficiario de la sustitución pensional.”.

Si bien es cierto las entidades públicas son las que deben actualizar la oferta pública de empleos de carrera (OPEC) en el término fijado, también lo es que la

¹ Sentencia C-1144 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

² Sentencia C-564 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

³ Sentencia T-516 de 1992 MM.PP. Fabio Morón Díaz, Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein.

Comisión Nacional del Servicio Civil debe comprobar que los cargos estén incluidos en el grupo que les corresponde según las directrices fijadas por ésta y, en casos específicos como el presente, constatar que el empleo que está siendo ocupado en provisionalidad por un empleado que estuvo cobijado por el acto legislativo, esté incluido en el grupo II.

Por otra parte la Sala observa que es evidente el error de la entidad al no haber ofertado los cargos tal como lo dispuso la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro del aplicativo diseñado para tal fin, pues lo cierto es que la entidad demandada amparó a las personas que habían realizado la inscripción extraordinaria, y pese a la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo, reinició el Concurso respecto de las personas que se encontraba amparadas por dicho acto.

La entidad explica en la respuesta que obra a 149 del plenario, que la actora puede verse afectada en el momento en que vayan a hacer la escogencia del empleo específico, toda vez que no podrá seleccionar el cargo que viene ocupando en provisionalidad como tampoco el 21765 por cuanto estos empleos se ofertaron en el Grupo 1 etapa 3, contando en ese caso con personas que ya se encuentran inscritas para ese cargo.

Sobre la referida vulneración del derecho fundamental al derecho de petición y al trabajo la Sala observa que no existe la violación alegada, toda vez que la entidad le dio respuesta a la petición solicitada el 23 de julio de 2010, mediante la Resolución No 001 de 13 de agosto de 2010; respecto del derecho al trabajo tampoco se evidencia afectación alguna pues el hecho de presentarse al Concurso de Méritos no es garantía para acceder al empleo, porque para ello debe aprobar todas y cada una de las etapas del Concurso, hecho que únicamente le genera una mera expectativa para acceder al empleo y no un derecho adquirido.

La Sala comparte los argumentos del Tribunal al encontrar la referida vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso por parte del Municipio de Aguazul al haberle cerrado la posibilidad a la actora de continuar en el Concurso en el grupo II, y no reportar de manera oportuna los cargos ofertados, además, la CNSC tomó la decisión de continuar el Concurso amparando a las personas que se encontraban cobijadas con la inexecutable del Acto Legislativo,

siendo negligente pues debió ofertar los cargos en el aplicativo dispuesto para tal fin.

Por lo anterior se confirmará la sentencia impugnada que negó los derechos fundamentales de petición y trabajo, y tuteló los derechos a la igualdad y debido proceso.

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

FALLA

CONFIRMASE la Sentencia de 4 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que negó la tutela impetrada respecto de los derechos fundamentales de petición y trabajo, y tuteló los derechos a la igualdad y el debido proceso de la señora Martha Patricia Calderón Fernández en la acción de tutela incoada contra el Municipio de Aguazul Departamento del Casanare y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Cópiese, notifíquese, remítase copia al Tribunal de origen y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ