

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / LISTA DE ELEGIBLES / COBRO POR EL USO DE LISTA DE ELEGIBLES / PROVISIÓN DEFINITIVA DE EMPLEOS NO REPORTADOS A LA OPEC

[L]as listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Es decir, se trata del acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo a sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico. A través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. [...] El Ministerio de Minas y Energía cuestiona en este proceso la legalidad de los actos administrativos proferidos por la CNSC, toda vez, que al momento de proferir las resoluciones acusadas se encontraba en vigencia el Decreto 1894 de 2012, que prohibía hacer uso de listas elegibles de cargos que no se hayan ofertado. En efecto, se advierte por la Sala que (...) el Ministerio de Minas y Energía solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la provisión definitiva de empleos no reportados a la OPEC con uso de listas de elegibles de la convocatoria 001 de 2005. En esa medida, la CNSC inició el trámite respectivo que originó la expedición de los actos demandados (...) se efectuó el cobro por el uso de las listas de elegibles y se resolvieron los recursos de reposición presentados contra las anteriores decisiones. En ese orden, se advierte que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en virtud de las solicitudes presentadas por el Ministerio demandante en vigencia del Decreto 1227 de 2005, desplegó su accionar en cumplimiento de dicha norma reglamentaria, según la cual, una vez provistos los empleos objeto de la convocatoria No 001 de 2005, las entidades podían utilizar las listas de elegibles para proveer vacantes en empleos iguales o equivalentes. Así las cosas, considera la Sala que aun cuando el Decreto 1894 del 11 de septiembre de 2012, al modificar el artículo 7 y 33 del Decreto 1227 de 2005 suprimió la posibilidad de hacer uso de las listas de elegibles para la provisión de cargos no ofertados y eliminó el procedimiento y los costos para que las listas de elegibles sean utilizadas por entidades diferentes a las que sufragaron los gastos de los concursos, también lo es, que para la época de los hechos que se discuten en el *sublite*, las citadas normas del Decreto 1227 de 2005 en consonancia con el Acuerdo 159 de 2011, se encontraban en plena vigencia, de tal manera que el trámite adelantado con ocasión de los oficios radicados por el Ministerio de Minas y Energía, los días 4 de junio y 31 de agosto de 2012 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para el uso de las listas de elegibles encuentran validez, en la medida que las actuaciones y procedimientos administrativos deben culminar bajo los lineamientos y parámetros de la normativa en la que iniciaron. [...] [E]n criterio de la Sala no existe quebranto alguno a los derechos constitucionales a la igualdad, trabajo, debido proceso, seguridad social, ni tampoco se desconocieron normas de carrera administrativa en lo que concierne a las clases de nombramiento, encargo, prohibición de empleos por vacancia temporal, y comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo, por el contrario, la CNSC, en cumplimiento de los requerimientos establecidos para la fecha de los hechos por el Decreto 1227 de 2005, en concordancia con el Acuerdo 159 de 2011, profirió el pago del uso de la lista de elegibles correspondiente a lo solicitado por el Ministerio de Minas y Energía, de tal manera que los participantes que superaron las pruebas de conocimientos generales y específicos pudieran elegir alguno de los cargos teniendo en cuenta el perfil al que pretendían aspirar, razón por la cual, desconocer el derecho a ser nombrado, sí vulneraría los

derechos subjetivos de las personas que por haber superado el proceso de selección, tienen derecho a estar dentro de una lista, lo cual no puede desaparecer con ocasión de la expedición del Decreto 1894 de 2012, pues, se repite, la actuación administrativa tendiente a materializar el derecho al nombramiento inició con anterioridad a la expedición de dicho decreto.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1227 DE 2005 – ARTÍCULO 7 / DECRETO 1227 DE 2005 – ARTÍCULO 33 / DECRETO 1894 DE 2012 / ACUERDO 159 DE 2011

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-01008-00(3078-14)

Actor: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Referencia: SIMPLE NULIDAD. SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA. LEY 1437 DE 2011.

ASUNTO

Procede la Sala de subsección a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de simple nulidad promovido por la **NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**.

I.- ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA

La **NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda contra **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, en adelante CNSC, en ejercicio del medio de control de simple nulidad, en

procura de obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos¹:

1.1. Pretensiones

(i). Resolución 2915 del 12 de septiembre de 2012 “por la cual se establece el pago por el uso de listas de elegibles para proveer una (1) vacante definitiva, en el Ministerio de Minas y Energía”.

(ii) Resolución 4175 del 21 de diciembre de 2012, “por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No 2915 del 12 de septiembre de 2012, a través de la cual se establece el pago por el uso de listas de elegibles para proveer una vacante definitiva, en el Ministerio de Minas y Energía”.

(iii) Resolución 0661 del 12 de abril de 2013, “por la cual se establece el pago por el uso de listas de elegibles para proveer tres (3) vacantes definitiva, en el Ministerio de Minas y Energía”.

(iv) Resolución 1696 del 23 de julio de 2013, “por medio de la cual se modifica la Resolución No 00661 de fecha 12 de abril de 2013, por la cual se establece el pago por el uso de la listas de elegibles para proveer tres (3) vacantes definitivas, en el Ministerio de Minas y Energía”.

(v) Resolución 2226 del 11 de octubre de 2013, “por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 0661 del 12 de abril de 2013 a través de la cual se establece el pago por el uso de listas de elegibles para proveer tres (3) vacantes definitivas en el Ministerio de Minas y Energía”.

(vi) Resolución 1262 del 26 de junio de 2014 “por medio de la cual se deja sin efectos la Resolución 1094 de 2011, “por la cual se ordena el pago por el uso de listas de elegibles producto de la convocatoria 001 de 2005 al Ministerio de Minas y Energía”.

(vii) Resolución 1263 del 26 de junio de 2014, “por medio de la cual se modifica la Resolución No 1696 del 23 de julio de 2013 que modificó la Resolución No 0661 de fecha 12 de abril de 2013 a través de la que se establece el pago por el uso de las lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes definitivas, en el Ministerio de Minas y Energía”.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, solicitó el restablecimiento del orden legal y las expectativas y/o derechos de los servidores públicos del Ministerio de Minas y Energía, para que puedan acceder “en encargo”, previo el cumplimiento de requisitos.

¹ Folio 75 cuaderno principal.

2 d mayo de 2011, por la que se revoca la Resolución 18-0671 del 2 de mayo de 2011 que nombró en periodo de prueba a la señora YENI PATRICIA VELASQUEZ CRISTANCHO, teniendo en cuenta que la misma no acepto.”

RESUELVE:

Primero: Dejar sin efectos la Resolución 1094 de 2011”.

(...)

3.7.- Resolución No 1263 del 26 de junio de 2014¹⁷ “por medio del cual se modifica la Resolución 1696 del 23 de julio de 2013, que modificó la Resolución No 0661 de fecha 12 de abril de 2013, a través de la cual se establece el pago por el uso de listas de elegibles para proveer tres (3) vacantes definitivas en el Ministerio de Minas y Energía”

En algunos apartes de los considerandos de la resolución, se indicó lo siguiente:

“Por medio de la Resolución No 1696 de 23 de julio de 2013, se modificó el artículo primero de la Resolución No 0661 del 12 de abril de 2012, en el sentido de liquidar y fijar la suma de \$1.200.000, como el valor a pagar por parte del Ministerio de Minas y Energía, para cubrir el costo por el uso de listas de elegibles para proveer 2 vacantes definitivas.

El MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a través de radicado de entrada CNSC no 37182 de 1 de agosto de 2013, informa que una vez verificado el manual de funciones y competencias laborales del empleo denominado Profesional Especializado, código 2020 grado 15, se pudo establecer que el empleo objeto de la provisión no presenta equivalencia de ningún tipo por lo que el señor Elman Román Torres no cumple con los requisitos mínimos para el empleo, en consecuencia de lo anterior, la Resolución de cobro No 1696 del 23 de julio de 2013, deberá ser modificada en el sentido de indicar que el cobro se efectúa únicamente para proveer una vacante y no para las dos establecidas en la Resolución No 1696 de 2013.

RESUELVE

Primero: Modificar el artículo primero Resolución No 1996 de 23 de julio de 2013 (...)

Liquidar y fijar en \$600.000 el valor a pagar por parte del Ministerio de Minas y energía.”.

4. Análisis de los cargos

Según lo manifestado por el Ministerio de Minas y Energía en su demanda, los actos administrativos que en algunos de sus apartes se acaban de transcribir son contrarios al ordenamiento jurídico por cuanto la Comisión Nacional del Servicio Civil no podía cobrar, ni proferir el uso de listas de elegibles de cargos que no estuvieran ofertados, toda vez que ello va en contravía de lo expuesto en el Decreto 1894 de 2012, proferido por el Gobierno Nacional.

¹⁷Folios 26 a 28

Para resolver la controversia, la Sala se referirá en primer lugar al marco normativo de la carrera administrativa y el uso de las listas de elegibles.

4.1. Carrera Administrativa.

El artículo 125 de la Constitución Política sobre el ingreso a los cargos de carrera, establece lo siguiente:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

Por su parte, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, define la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal en el que el ingreso, la permanencia y el ascenso deben obedecer de manera integral al **mérito**:

Artículo 27. La carrera administrativa 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 público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

Bajo tal entendimiento, la carrera administrativa va dirigida a la eficiencia de la administración, a la buena prestación del servicio y la estabilidad de los empleados públicos, que por supuesto debe estar sujeto a un sistema de administración de personal regulador de deberes y derechos tanto de la administración como del empleado. En esa medida el ingreso y los ascensos están determinados exclusivamente por la capacidad o el mérito.

En tal sentido, la Ley 909 se encargó de desarrollar el mérito como uno de los principios que rigen la función pública, señalando frente al particular lo siguiente:

“Artículo 2. Principios de la función Pública

(...)

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley [...]

De lo anterior se desprende entonces, que el eje sobre el cual se construye la carrera administrativa es el **mérito**, que conlleva a que las calidades intelectuales, académicas y laborales de los aspirantes aparezcan como criterios inherentes en su provisión en beneficio del Estado.

Ahora bien, el mecanismo idóneo para que el Estado pueda medir las capacidades, la preparación, y las aptitudes de cada una de las personas, es a través de la celebración de concursos públicos, que permitan la participación de todos aquellos que, reuniendo los requisitos que demanda el respectivo empleo público, buscan ingresar o ascender en el sistema de carrera administrativa.

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico atribuyó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la competencia para la administración de los procesos de selección. En efecto, el artículo 30 de la Ley 909 de 2004, estableció lo siguiente:

“Artículo 30. COMPETENCIA PARA ADELANTAR LOS CONCURSOS. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.

Los convenios o contratos se suscribirán preferencialmente, con las entidades acreditadas que tengan jurisdicción en el departamento o municipio en el cual esté ubicada la entidad para la cual se realiza el concurso.

La Comisión acreditará como entidades idóneas para adelantar los concursos a las universidades públicas y privadas y a las instituciones de educación superior que lo soliciten y demuestren su competencia técnica en procesos de selección, experiencia en el área de selección de personal, así como capacidad logística para el desarrollo de concursos. El procedimiento de acreditación será definido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Las entidades que utilicen las listas de elegibles resultados de los concursos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil deberán sufragar los costos determinados por la citada Comisión. (negrilla fuera del texto)

Por su parte, el artículo 31 *ibídem*, previó como etapas del concurso (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento o proceso de inscripción (iii) las pruebas, (iv) las listas de elegibles y (v) el periodo de prueba. Una vez agotado el concurso, las

personas que en virtud del mérito hubieren sido seleccionadas, nombradas en periodo de prueba y aprobadas, adquieren los derechos de carrera administrativa.

La ley en comento fue parcialmente reglamentada por el Decreto 1227 del 21 de abril de 2005, que en su artículo 7° consagró una serie de criterios conforme a los cuales debía proceder la provisión definitiva de los empleos de carrera, así:

[...] Artículo 7°. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 1894 de 2012. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

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

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

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

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles 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.

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.

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

4.2. Las listas de elegibles y su naturaleza.

Ahora bien, lo relativo a la elaboración de las listas fue regulado por el artículo 31 del Decreto 1227 del 21 de abril de 2005, mientras que lo concerniente a su uso se previó en el artículo 33, así:

[...] Artículo 31. Dentro de un término no superior a cinco (5) meses contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria, con base en los resultados del concurso y en riguroso orden de mérito, la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad que adelantó el concurso de acuerdo con la respectiva delegación, **elaborará la lista de elegibles para los empleos objeto del concurso.**

[...]

Quienes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar el nombramiento recaerá en la persona que se encuentre en situación de discapacidad; de persistir el empate, este se dirimirá con quien se encuentre inscrito en el Registro Público de Carrera, de continuar dicha situación se solucionará con quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones inmediatamente anteriores, en los términos señalados en el artículo 2° numeral 3 de la Ley 403 de 1997 [...]

Artículo 33. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 1894 de 2012. 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.

Dicho decreto estableció que una vez provistos los empleos objeto del concurso, la entidad convocante podía utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer vacantes no incluidas en la oferta pública de empleos de carrera.

En concordancia con lo expuesto, mediante el Acuerdo No 159 de 2011 de la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, reglamentó la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Lista de Elegibles de los empleos del Sistema General de Carrera Administrativa.

En cuanto al uso y pago de las listas de elegibles, dicho Acuerdo dispuso lo siguiente:

“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, aplicando la definición de empleo con similitud funcional establecida en el numeral 7 del artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su USO y realizará el cobro respectivo si a ello hubiere lugar.

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 en estricto orden de mérito y conforme a su ubicación en el Banco Nacional de listas de elegibles.”

Como se desprende de las normas citadas, las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Es decir, se trata del acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo a sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico.

A través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta.

Entonces, la lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje. Ese acto tiene una vocación temporal toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo, lo cual refuerza su obligatoriedad, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso¹⁸.

Ahora bien, destaca la Sala que el Decreto Nacional 1894 de 11 de septiembre de 2012, modificó los artículos 7 y 33 del Decreto 1227 de 2005, en lo atinente al uso de las listas de elegibles, en el siguiente sentido:

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

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

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

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

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de abril de 2014, expediente No. 15001-23-33-000-2013 – 00563-02, con ponencia del magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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

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

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

Parágrafo 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

[...]

Artículo 2°. Modifícase el artículo 33 del Decreto número 1227 de 2005, el cual quedará así:

“Artículo 33. Quien sea nombrado y tome posesión del empleo para el cual concursó, 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 carácter temporal, efectuado con base en una lista de elegibles no causa el retiro de esta”.

Artículo 3°. El presente decreto rige a partir de su publicación y modifica en lo pertinente los artículos 7° y 33 del Decreto número 1227 de 2005.

En efecto, el Decreto 1894 del 11 de septiembre de 2012 eliminó los órdenes de provisión consagrados en los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005 y modificó el artículo 33 *ibídem* al suprimir la posibilidad de hacer uso de las listas de elegibles para la provisión de cargos en empleos equivalentes o de inferior jerarquía ubicados dentro del mismo nivel¹⁹. No obstante lo anterior, para la época de los hechos que se discuten en el *sublite*.

5.- Análisis del caso concreto.

¹⁹ Al respecto el parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, modificadorio del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, previó lo siguiente: «[...] Parágrafo 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 [...]».

Las objeciones expuestas en la demanda, aluden a la presunta trasgresión de las normas constitucionales y legales que consagran derechos de igualdad, trabajo, debido proceso, seguridad social, derechos de carrera, clases de nombramiento, encargo, prohibición de empleos por vacancia temporal, y comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo.

El Ministerio de Minas y Energía cuestiona en este proceso la legalidad de los actos administrativos proferidos por la CNSC, toda vez, que al momento de proferir las resoluciones acusadas se encontraba en vigencia el Decreto 1894 de 2012, que prohibía hacer uso de listas elegibles de cargos que no se hayan ofertado.

En efecto, se advierte por la Sala que a través de los oficios Nos. **28992 del 4 de junio de 2012** y **42933 del 31 de agosto de 2012**, el Ministerio de Minas y Energía solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la provisión definitiva de empleos no reportados a la OPEC con uso de listas de elegibles de la convocatoria 001 de 2005.

En esa medida, la CNSC inició el trámite respectivo que originó la expedición de los actos demandados, esto es, las Resoluciones Nos. 2915 del 12 de septiembre de 2012, 4175 del 21 de diciembre de 2012, 0661 del 12 de abril de 2013, 1696 del 23 de julio de 2012, 2226 del 11 de octubre de 2013, 1262 y 1263, ambas del 26 de junio de 2014, a través de las cuales, se efectuó el cobro por el uso de las listas de elegibles y se resolvieron los recursos de reposición presentados contra las anteriores decisiones.

En ese orden, se advierte que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en virtud de las solicitudes presentadas por el Ministerio demandante en vigencia del Decreto 1227 de 2005, desplegó su accionar en cumplimiento de dicha norma reglamentaria, según la cual, una vez provistos los empleos objeto de la convocatoria No 001 de 2005, las entidades podían utilizar las listas de elegibles para proveer vacantes en empleos iguales o equivalentes.

Así las cosas, considera la Sala que aun cuando el **Decreto 1894 del 11 de septiembre de 2012**, al modificar el artículo 7 y 33 del Decreto 1227 de 2005 **suprimió** la posibilidad de hacer uso de las listas de elegibles para la provisión de cargos no ofertados y **eliminó** el procedimiento y los costos para que las listas de

elegibles sean utilizadas por entidades diferentes a las que sufragaron los gastos de los concursos, también lo es, que para la **época de los hechos** que se discuten en el *sublite*, las citadas normas del Decreto 1227 de 2005²⁰ en consonancia con el Acuerdo 159 de 2011, se encontraban en plena vigencia, de tal manera que el trámite adelantado con ocasión de los oficios radicados por el Ministerio de Minas y Energía, los días 4 de junio y 31 de agosto de 2012 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para el uso de las listas de elegibles encuentran validez, en la medida que las actuaciones y procedimientos administrativos deben culminar bajo los lineamientos y parámetros de la normativa en la que iniciaron.

En ese orden de ideas, en criterio de la Sala no existe quebranto alguno a los derechos constitucionales a la igualdad, trabajo, debido proceso, seguridad social, ni tampoco se desconocieron normas de carrera administrativa en lo que concierne a las clases de nombramiento, encargo, prohibición de empleos por vacancia temporal, y comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de periodo, por el contrario, la CNSC, en cumplimiento de los

²⁰ **ARTÍCULO 7°.** Modificado por el art 1, Decreto Nacional 1894 de 2012. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

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

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

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

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles 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.

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.

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

ARTÍCULO 33. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 1894 de 2012. 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.

requerimientos establecidos para la fecha de los hechos por el Decreto 1227 de 2005, en concordancia con el Acuerdo 159 de 2011, profirió el pago del uso de la lista de elegibles correspondiente a lo solicitado por el Ministerio de Minas y Energía, de tal manera que los participantes que superaron las pruebas de conocimientos generales y específicos pudieran elegir alguno de los cargos teniendo en cuenta el perfil al que pretendían aspirar, razón por la cual, desconocer el derecho a ser nombrado, sí vulneraría los derechos subjetivos de las personas que por haber superado el proceso de selección, tienen derecho a estar dentro de una lista, lo cual no puede desaparecer con ocasión de la expedición del Decreto 1894 de 2012, pues, se repite, la actuación administrativa tendiente a materializar el derecho al nombramiento inició con anterioridad a la expedición de dicho decreto.

De otra parte, ésta Subsección ha tenido oportunidad de pronunciarse en cuanto a la aplicación de la sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional²¹ al estudiar varias demandas de tutela presentadas por algunos de los inscritos en los concursos de la Fiscalía General de la Nación, en la que estableció que la lista de elegibles conformada como resultado de un proceso de selección, durante su vigencia, podrá ser utilizada únicamente para proveer los cargos que fueron expresamente ofertados en la convocatoria.

No obstante en la mencionada sentencia, la Corte Constitucional reconoce que tanto el legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «*entidad convocante*», pueden disponer la posibilidad de que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

Al respecto, esta Corporación precisó lo siguiente:

“la Sala considera que no es dable predicar respecto del régimen general de carrera administrativa lo allí resuelto en el sentido de no poder usar la lista de elegibles para la provisión de cargos no ofertados en el concurso, toda vez que esta conclusión se fundamentó en las normas especiales de carrera que regulan a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación²². No obstante, la

²¹ Corte Constitucional, 26 de mayo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²² En aquella oportunidad, consideró que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en las convocatorias de 2007, por lo siguiente: «[...] i) la decisión inicial del legislador de eliminar plazas determinó el número de las que se podían ofertar; ii) la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar iii) ni el

inaplicabilidad de tal determinación, lo que sí resulta pertinente para el caso por haber sido planteado por el máximo juez constitucional como un criterio general es 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 [...]

En ese orden de ideas, de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la provisión de cargos que no fueron ofertados pero que presentan similitudes en su naturaleza, perfil y denominación, es viable siempre que así lo hayan previsto las normas que rijan la carrera administrativa o las que rijan el concurso, razonamiento que se acompasa con lo dispuesto en la presente providencia toda vez que el régimen general contenido en la Ley 909 de 2004, su Decreto reglamentario 1227 de 2005 y el Acuerdo 025 de 2008 contemplaron expresamente la posibilidad de que, una vez provistos los empleos objeto del concurso, la entidad convocante utilizara las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer vacantes no incluidas en la oferta pública de empleos de carrera²³.

Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles²⁴.

Esbozados los planteamientos anteriores, resulta ajustado a derecho que la Comisión Nacional del Servicio Civil hubiera proferido los actos administrativos demandados con fundamento en el Decreto 1227 de 2005, vigente para la época de los hechos, y efectuara el cobro del uso de las listas de elegibles para que

legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles debería ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número de los convocados [...]

²³ Sentencia proferida el 27 de junio de 2018, por la Subsección A Sección Segunda del Consejo de Estado, rad. 0208-16.

²⁴ Sentencia del 26 de junio de 2018, proferida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, rad 2015 01101.

fueran utilizadas de acuerdo con las solicitudes de provisión de vacantes definitivas por el Ministerio de Minas y Energía, y no con fundamento en el Decreto 1894 de 2012, dado que el mismo no se encontraba vigente para la fecha de las solicitudes de listas de elegibles. Lo anterior, atendiendo el principio de irretroactividad de la ley así como la vigencia de las normas en el tiempo, cuya regla general es que éstas han de regir sobre todos los hechos que se lleguen a producir durante su vigencia.

Frente al particular, la Corte Constitucional ha precisado que la modificación planteada por el Decreto 1894 de 2012, por regla general no puede operar para vacantes existentes antes de su entrada en vigencia:

“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 vacantes 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 entendido, 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 2012²⁵.

(...)

En razón a lo anterior, la modificación efectuada por el Decreto 1894 de 2012 a los artículos 7 y 33 del Decreto 1227 de 2005, rige a futuro, por lo que la Sala no se observa vulneración de las disposiciones contenidas en los artículos 13, 25, 29, 45 y 125 de la Constitución Política y en los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 909 de 2004, al proferir la Comisión Nacional del Servicio Civil los actos administrativos demandados.

En ese orden, la Sala considera que al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados se impone negar las pretensiones de la demanda.

En mérito de 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,

²⁵ sentencia T-112A de 2014 de la Corte Constitucional.

FALLA

PRIMERO. - **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - En firme esta decisión, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS