



129

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

ACCION:	NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN:	11001-3335-012-2015-00241-00
DEMANDANTE:	DELVIS DEL PILAR BASTIDAS CUELLO
DEMANDADO:	BOGOTÁ D.C. - PERSONERÍA DE BOGOTÁ

**ACTA No. 035-18
AUDIENCIA DE PRUEBAS, ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los ocho días del mes de febrero de dos mil dieciocho, siendo las nueve de la mañana (09:30 A.M.), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su profesional constituyó en audiencia pública el recinto de la Sala 22 y la declaró abierta para tal fin.

VERIFICACIÓN DE ASISTENCIA

PARTE DEMANDANTE: LYDA PAOLA HERNANDEZ DIAZ.

La asistente informa que no aporta documentos de identificación que la acreditan como abogada, por lo que de conformidad con el poder de sustitución que aporta, el Despacho s le reconoce como agente oficiosa.

PARTE DEMANDADA: MARIO ENRIQUE GALVIS AYALA.

ETAPA I. PRUEBAS

En audiencia inicial celebrada el 28 de noviembre de 2017, el Despacho ordenó oficiar al Director de Talento Humano de la Personería de Bogotá para que certificara **i)** la Fecha de vinculación de la demandante DELVIS DEL PILAR BASTIDAS CUELLO, empleos desempeñados, **ii)** si en el año anterior al retiro de la actora recibió llamados de atención o sanciones disciplinarias, **iii)** cuantos empleos de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 219 GRADO 01, estaban vacantes y cuantos provistos mediante nombramiento en provisionalidad para el 30 de julio de 2014, - precisando área y dependencia-, quienes ocupaban estos cargos, cuál era su formación profesional, y fecha de vinculación de las personas que desempeñaban el empleo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 219 GRADO 01 para el 30 de julio de 2014.

La entidad demandada mediante escrito radicado el 07 de diciembre de 2017 allegó la información solicitada.

Se corre traslado de la prueba a la parte actora, quien no manifiesta ninguna observación.

Decisión notificada en estrados

Agotado el periodo probatorio y sin que se observe la necesidad de recaudar pruebas de oficio o estén pendientes pruebas por practicar, el Despacho procede a continuar con la etapa de alegaciones finales y juzgamiento.

ETAPA II: ALEGACIONES FINALES

En este punto de la diligencia, procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a las partes.

Queda registrada en la videograbación la intervención de los apoderados.

ETAPA III: FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si es ilegal el acto administrativo por medio del cual la Personería de Bogotá, declaró la insubsistencia en el cargo de profesional Universitario grado 01 Código 219, que ocupaba la señora DELVIS DEL PILAR BASTIDAS CUELLO, esto en cumplimiento de la orden del fallo de tutela proferido por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual ordenó la utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles dentro de la convocatoria 01 de 2005, así mismo debe determinarse si el ente nominador debió analizar las calidades profesionales de la demandante respecto de los demás provisionales que ocupaban el mismo cargo para proceder a declarar su insubsistencia.

CONSIDERACIONES DEL Despacho

Para abordar el presente asunto se tendrá en cuenta el siguiente análisis normativo y jurisprudencial sobre el Régimen de Carrera Administrativa.

Constitución Política de 1991

Nuestra Constitución Política establece en artículo 40 ordinal 7°, que se garantiza a todo ciudadano el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; el artículo 125 señala “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, y el inciso segundo del citado artículo consagra la regla general del concurso público, como forma de acceder a los cargos de la administración pública.

Artículo 125. 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. (...)

En desarrollo de este mandato constitucional se expide la Ley 909 de 2004¹ y el Decreto 1227 de 2005².

Ley 909 de 2004.

Para garantizar la transparencia y acceso a cargos públicos de carrera administrativa, se expidió la Ley 909 de 2004, cuyo objeto es regular el concurso

¹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”

² El decreto 1227 de 2005, reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

de méritos, en su artículo 23 establece que los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito dispuesto en el artículo 27, es decir, exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

Las fases del concurso de méritos, se encuentran señaladas en el artículo 31.

Artículo 31. Etapas del proceso de selección 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.
2. **Reclutamiento.** Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.
3. **Pruebas.** Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleo.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

4. **Listas de elegibles.** Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.
5. **Período de prueba.** La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la

calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

Parágrafo. *En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos.*

En cuanto al manejo de las listas de elegibles, el literal f del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, establece que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, como responsable de la administración de la carrera administrativa, tiene como funciones conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, así:

“Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;”.

Decreto 1227 de 2005

Esta norma reglamenta parcialmente la Ley la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998”, en su artículo 33 dispone:

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

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

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

En el artículo 7º ibídem se estableció el orden de provisión definitiva de empleos de carrera, encontrándose a partir del numeral 7.4 una serie de posibilidades relacionadas con listas de elegibles así:

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

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.

Acuerdo No. 159 de 6 de mayo de 2011

Proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, reglamentó la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades a las que se les aplica la Ley 909 de 2004, en el artículo 11 se señaló:

“Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente producto de la convocatoria, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente acuerdo.

La provisión de un empleo de carrera en vacancia definitiva mediante el uso de una lista de elegibles vigente, únicamente procederá cuando se agoten los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005, y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista.”.

Por su parte, en el artículo 27 señala:

“DISPOSICIONES APLICABLES A LISTAS DE ELEGIBLES Y EL BANCO NACIONAL DE LISTAS DE ELEGIBLES

Artículo 27. Reporte a la CNSC de los empleos objeto de provisión. En el evento que se requiera la provisión de un empleo que no haya sido reportado a la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC), la entidad a la que pertenece este, a través del Jefe de Talento Humano o quien haga sus veces, deberá reportar la información de dicho empleo mediante el aplicativo que la CNSC destinará para tal efecto, la cual deberá guardar estricta concordancia con el manual de funciones, competencias y requisitos vigente.”.

Sentencia SU-446 de 2011.

Sobre el sistema de Carrera Administrativa, el concurso de méritos, sus etapas, listas de elegibles y utilización de estas, la Corte Constitucional con sentencia de Unificación³, precisó lo siguiente:

“Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que “la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”⁴, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

³ sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo, considerando 6.1.1.3, página 73.

3.3. *Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera es el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público. En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004⁵. La sentencia C-040 de 1995⁶ reiterada en la SU-913 de 2009⁷, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:*

*“1. **Convocatoria.** ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.*

*2. **Reclutamiento.** Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.*

*3. **Pruebas.** Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.*

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

*4. **Listas de elegibles.** Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.*

*5. **Período de prueba.** La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.*

“Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente” (subrayas fuera de texto).

⁵ La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y puntualidad. 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. 3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos: a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos; b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley; c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión; d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

M.P. Carlos Gaviria Díaz, febrero 9 de 1995.

M.P. Juan Carlos Henao Pérez, diciembre 11 de 2009.

3.4. La convocatoria es, entonces, **“la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”**, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”⁸

(...)

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

Referente a las características de las listas de elegibles, la sentencia en comento señaló:

*“La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer con carácter obligatorio para la administración la forma como ha de proveer los cargos que fueron objeto de concurso. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación o integración, la administración, con fundamento en los resultados objetivos de las diversas fases de aquél, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que **deben** ser designadas en las plazas objeto de convocatoria, de conformidad con las precisas reglas del concurso.*

*Este acto tiene una vocación transitoria, en el sentido que su obligatoriedad tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales, el primero, tiene que ver con su obligatoriedad, que significa que durante su vigencia, la administración **debe** hacer uso de ella para llenar las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria y que le dieron origen al concurso. La segunda, que mientras ella rija, la administración no puede realizar concurso alguno para proveer las plazas objeto de dicho registro, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de esta manera no sólo resultan satisfechos los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal tales como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional.*

⁸ Cfr. Sentencia T-256 de 1995.

Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa la regla del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que dicho acto administrativo le permite a la administración proveer los cargos de carrera que se encuentran vacantes o los que están ocupados en provisionalidad y que fueron ofertados en la respectiva convocatoria a concurso. En términos generales, debemos decirlo, el Estado convoca a un concurso público porque tiene plazas vacantes o ocupadas en provisionalidad que deben ser provistas mediante el sistema de concurso público, pues, tal como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-455 de 2000 “Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento. En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo”.

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en los cargos que fueron objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y la garantía de su prestación efectiva, sino el respeto de los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y, en cumplimiento de los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata, sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

La conformación de la lista de elegibles, en ese sentido, genera para las personas que hacen parte de ella un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrado en el cargo para el que se concursó, cuando el mismo esté vacante o desempeñado por un funcionario o empleado en provisionalidad. La consolidación de ese derecho “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”⁹.

*Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes para las cuales se convocó el respectivo concurso **y no para otros**, porque ello implicaría un desconocimiento de las reglas específicas de aquel. Por tanto, no se puede hablar de un desconocimiento de derechos fundamentales ni de los principios constitucionales cuando la*

⁹ Cf. Corte Constitucional, Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez., pág. 134.

158

administración hace los nombramientos en estricto orden de méritos y observando las reglas previamente establecidas en la convocatoria. El segundo, que durante la vigencia de esa lista o registro de elegibles, la administración haga uso de ese acto administrativo para proveer sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados.

*¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que la administración en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política está obligada a proveer **únicamente** las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan **estrictamente** a los cargos convocados, lo que permite materializar el derecho de quienes lo integran, a ser designados mientras ese registro tenga fuerza vinculante, obviamente, respetando el estricto orden de su conformación.*

Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo expresamente a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. (...)

Por tanto, la respuesta a la pregunta de si era posible la utilización del registro de elegibles en la Fiscalía General de la Nación para un número mayor de plazas de las que fueron convocadas no puede ser sino una: No. Porque la lista de elegibles sólo tiene la vocación de servir para la provisión de los empleos objeto de la convocatoria, en donde el número de éstos es una regla de forzosa observancia, excepción hecha de los casos en que el legislador o la entidad convocante, expresamente incluyan una cláusula que admita su utilización para un número mayor de plazas ofertadas en el evento de vacantes en su vigencia.
(...)” (Subrayado del Despacho).

A manera de conclusión se puede colegir de la citada jurisprudencia lo siguiente:

1. La conformación de la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular.
2. Su finalidad es dar una orden para proveer los cargos estrictamente ofertados en la convocatoria y no otros,
3. Obliga al nominador a proveer exclusivamente el número de plazas ofertadas en cada una de las convocatorias o las que se generen durante su vigencia, siempre y cuando se refieran al mismo cargo para el cual se ofertó el concurso en donde el nombramiento debe hacerse en estricto orden de mérito con quienes se encuentren en el primer lugar en la lista.
4. Las plazas que no correspondan a la convocatoria o que con posterioridad resulten vacantes, requerirán de un nuevo concurso.

5. Ante la vacancia definitiva de plazas ofertadas, la entidad podrá recurrir a las listas de elegibles vigentes para proveer esos cargos.
6. Las reglas de los concursos de mérito para el acceso a la carrera administrativa son inmodificables y no puede la administración hacer variaciones durante su desarrollo, pues de ser así menoscabaría los principios propios del Estado Social de Derecho.

CASO EN CONCRETO

Sea lo primero señalar que el artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos de los órganos y entidades del estado son de carrera a excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la Ley; y que, para acceder a estos cargos, se fijan unos requisitos y condiciones sobre méritos y calidades de los aspirantes.

La Ley 909 de 2004 ha establecido las formas de vincularse a los empleos de los organismos y entidades del Estado colombiano: por medio de nombramientos ordinarios para los cargos de libre nombramiento y remoción, y por concurso de méritos para los funcionarios de carrera administrativa. Para el caso que nos ocupa, los cargos de carrera, serán suplidos por lista de elegibles posterior a surtirse el concurso de méritos, no obstante, ante la carencia de elegibles, los cargos que se encuentren en vacancia podrán ser suplidos temporalmente por medio de nombramientos en provisionalidad hasta que se adelante el respectivo concurso y se nombre al titular en propiedad.

Ahora bien, partiendo de este panorama general sobre la provisión de empleos de carrera de Estado, para el presente asunto las pruebas obrantes en el proceso permiten tener por ciertos los siguientes hechos:

- La señora DELVIS DEL PILAR BASTIDAS CUELLO fue nombrada en la Personería de Bogotá desde el 04 de mayo de 2004 en el cargo de Profesional Universitario código 340 grado 01, (en la actualidad profesional universitario 219 grado 01), empleo que desempeñó hasta el 31 de agosto de 2014 (fl 123)
- El Empleo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO 219 GRADO 01, perteneciente a la planta de personal de la Personería de Bogotá, fue ofertado en desarrollo de la Convocatoria 001 de 2005, con el OPEC 50680.
- Con la Resolución 3596 de 2012, se conformó la lista de elegibles para el referido cargo.
- Mediante la Resolución 2632 de 09 de septiembre de 2010, se declararon desiertos algunos empleos ofertados con la convocatoria 01 de 2005, entre otros el Empleo 50680 PROFESIONAL UNIVERSITARIO, el cual era ocupado por la actora.
- Mediante sentencia de tutela de **19 de marzo de 2014**, en el proceso 2014-0154, el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá amparó los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, y al trabajo de la señora LEDY SURELLY COLMENARES MORENO (fl.34), y ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC la elaboración de una nueva lista de elegibles, para la personería, tomada del Banco Nacional de elegibles para la Convocatoria 01 de 2005.
- La CNSC mediante Oficio 2014ER24372 del 07 de abril de 2014, informó a la Personería de Bogotá, que dando cumplimiento al fallo de tutela antes citado, procedió a realizar el estudio técnico, tendiente a proveer las vacantes de la Personería de Bogotá, para las cuales el concurso fue declarado

desierto, que al utilizar las listas de elegibles del Banco Nacional de elegibles constató la viabilidad de hacer uso de las misas para la provisión de una (1) vacante del empleo No 50680 denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 219 GRADO 01, conformando así una nueva lista de legibles y para el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 01, la señora DORIS BOJORGE RIVERA fue la única elegible.

- Con la Resolución 371 del 30 julio de de 2014 (fl.3-7), se declaró insubsistente el nombramiento provisional de la demandante DELVIS DEL PILAR BASTIDAS CUELLO en el cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 219 GRADO 01 a partir del 1 de septiembre de 2014 (ver fl.83) y se realizó el nombramiento en propiedad de la señora DORIS BOJORGE RIVERA.

Como pretensiones de la demanda se solicitó declarar la nulidad la Resolución 371 de 2014, por medio de la cual se declara la insubsistencia del cargo ocupado por la actora en provisionalidad, y a título de restablecimiento del derecho ordenar el reintegro de la actora al empleo que desempeñaba al momento del retiro o a uno de igual o similar categoría y remuneración, declarándose la no solución de continuidad en la relación laboral, y la cancelación de todos los salarios con aumentos o ajustes anuales, los aportes para pensión y prestaciones sociales dejadas de percibir, entre el retiro y el reintegro.

El apoderado de la demandante fundamenta como cargos contra el acto acusado:

i) Que la declaratoria de insubsistencia es ilegal, por cuanto no se ajusta a lo ordenado del artículo 30 del Decreto 1227 de 2005 según el cual declarado desierto un cargo se deberá convocar nuevamente dentro de los 20 días siguientes;

ii) Que es ilegal que la demandada no evaluara las condiciones de educación y experiencia de todas las personas que ocupaban en provisionalidad el cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 219 GRADO 01 para determinar a quién le correspondía ser declarado insubsistente su nombramiento.

En cuanto al primer cargo de la demanda. Violación de normas en las que debió fundarse el acto.

Argumenta el apoderado, que la Resolución 371 de 2014, por medio de la cual se declaró insubsistente a la señora DELVIS DEL PILAR BASTIDAS CUELLO y se nombra en periodo de prueba a la señora DORIS BOJORGE, es ilegal, por cuanto el empleo 50680 denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 219 GRADO 01, había sido declarado desierto por la CNSC, a través de la Resolución 2632 del septiembre 09 de 2010, y por lo tanto se desconoció lo previsto en la Ley 909 de 2004 y el artículo 13 y el parágrafo del artículo 30 del Decreto 1227 de 2005, que establece que una vez declarado desierto un concurso, deberá convocarse nuevamente dentro de los 20 días siguientes, y no como lo hizo la entidad al nombrar a una persona que no concursó para ese empleo.

En este punto observa el Despacho, que la Resolución 371 de 2014, por medio de la cual la Personería de Bogotá declara insubsistente a la demandante y realiza un nombramiento en período de prueba a un elegible de una lista conformada luego de que ese cargo fuera declarado desierto, tuvo razón de ser en el fallo de tutela proferido por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, que dispuso lo siguiente:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, invocados por la señor LEDY SURELLY

COLMENARES MORENO, identificada con C. C. 51.987.521, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR como consecuencia de lo anterior, al representante legal de la PERSONERÍA DE BOGOTÁ que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, y con el objeto de proveer las vacantes que fueron declaradas desiertas solicite a la CNSC la autorización de uso de las listas que pueden servir para tal efecto, entre las cuales se deberá reportar la conformada mediante la Resolución No. 3431 del 30 de junio de 2011 de la cual hace parte la accionante, con el fin de que dicha Comisión mediante el estudio técnico y viabilidad pertinente, determine si la señora COLMENARES MORENO puede ser nombrada en alguna de tales vacantes que fueron declaradas desiertas.

TERCERO: ORDENAR a la CNSC que una vez reciba la solicitud referida en el numeral anterior, efectúe el estudio técnico respectivo, a fin de **verificar si la accionante cumple con los requisitos previstos, para ser nombrada en alguna de las vacantes que fueron declaradas desiertas**, en virtual del uso de la lista, de conformidad con el art. 29 del Acuerdo 159 de 2011, a excepción de la exigencia contemplada en el numeral 3o referente a la vigencia de la referida lista, atendiendo las consideraciones precedentes, concepto que tendrá que ser remitido de forma inmediata al nominador, para que proceda de conformidad.

CUARTO: ORDENAR así mismo al PERSONERO DE BOGOTÁ en calidad de nominador, que **en el evento en que la peticionaria adquiera el derecho a ser nombrada en virtud del cumplimiento de los requisitos mencionados en el numeral anterior, proceda a efectuar su respectivo nombramiento en periodo de prueba**, dentro de las 48 horas siguientes a la recepción del concepto emitido por la CNSC

En concordancia con el transcrito fallo de tutela, advierte el Despacho que en un similar asunto tratado por el Consejo de Estado en sede de tutela¹⁰, se ordenó a la CNSC adelantar los trámites pertinentes para determinar la viabilidad de utilizar la lista de elegibles de la que formaba parte la tutelante para la provisión de alguna o algunas de las vacantes que habían sido reportadas por el SENA, en dicha oportunidad la máxima Corporación de lo Contencioso dispuso:

“(…) En virtud de la anterior situación, si bien es cierto la accionante tan sólo tiene una expectativa y no un derecho a ser nombrada en un cargo equivalente aquel por el cual concursó, es precisamente dicha expectativa la que ha motivado desde el año 2010 la interposición de las peticiones arriba descritas, y por la misma razón, que antes de que se expire la lista de elegibles de la que hace parte, procure mediante la acción de tutela un pronunciamiento de fondo, claro y preciso por parte de la Comisión, sobre las posibilidades que tiene de ser nombrada, y que reproche que esta entidad simplemente le manifieste que realizará los estudios pertinentes, sin que pueda invocar como impedimento para realizar los mismos, que el SENA no le ha solicitado la provisión de vacantes a partir de las listas de elegibles para tal efecto, pues dicha entidad ha realizado tal solicitud de forma reiterada desde el mes de abril de 2010, como se advierte del informe rendido por el SENA en el presente proceso, y de las distintas comunicaciones que cita y aporta para acreditar que desea que las vacantes no reportadas a la Convocatoria 001 de 2005 y los empleos que fueron declarados desiertos sean provistos con las listas de elegibles que se han

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B Sentencia de 22 de septiembre de 2011, C.P. Doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno No. 2011-01664-01, actor: Luz Mery Caro Lemina

venido conformando, siguiendo para tal efecto el procedimiento previsto en los Acuerdos N° 150 de 2010 y 159 de 2011 de la CNSC (...)

Decisiones como la anterior, han sido reiteradas por el Consejo de Estado en otras providencias¹¹, en las que se avala el uso de las listas del Banco Nacional de Elegibles para la provisión de cargos de carrera ofertados en concursos de méritos y que han sido declarados desiertos.

Bajo este contexto y de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial citado en el acápite considerativo de esta providencia, una vez ofertado el empleo y declarado desierto, en el sub judice no se evidencia ninguna alteración en las reglas iniciales de la Convocatoria N° 001 de 2005, sino el sometimiento a una normatividad que le impone proveer vacantes definitivas con las listas de elegibles que pasan a conformar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, atendiendo para el efecto a lo establecido en los artículos 11 y 27 del Acuerdo No. 159 de 6 de mayo de 2011 proferido por la CNSC, cuyo tenor literal se transcribe nuevamente:

“Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente producto de la convocatoria, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente acuerdo.

La provisión de un empleo de carrera en vacancia definitiva mediante el uso de una lista de elegibles vigente, únicamente procederá cuando se agoten los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista.”

“DISPOSICIONES APLICABLES A LISTAS DE ELEGIBLES Y EL BANCO NACIONAL DE LISTAS DE ELEGIBLES

Artículo 27. Reporte a la CNSC de los empleos objeto de provisión. En el evento que se requiera la provisión de un empleo que no haya sido reportado a la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-, la entidad a la que pertenece este, a través del Jefe de Talento Humano o quien haga sus veces, deberá reportar la información de dicho empleo mediante el aplicativo que la CNSC destinará para tal efecto, la cual deberá guardar estricta concordancia con el manual de funciones, competencias y requisitos vigente.”

De la normatividad citada y la jurisprudencia del Consejo de Estado, se colige que el trámite que adelantó la Personería de Bogotá junto con la CNSC para la provisión del empleo de carrera 50680 denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 219, GRADO 01, se encuentra amparado bajo un marco normativo vigente, y una decisión judicial que dio tránsito a cosa juzgada por lo que el acto acusado no se encuentra viciado de ilegalidad alguna en su expedición.

¹¹ Al respecto, entre otras consúltese sentencias del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. **i)** sentencia del 12 de julio de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01098-01(AC). Actor: JEFFERSON RODRIGUEZ UMBARILA. Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO **ii)** sentencia del 21 de junio de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01003-01(AC). Actor: LILIANA BONILLA VIDALES. Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO **iii)** sentencia del 15 de marzo de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01221-01(AC). Actor: ROSA LIGIA CASTAÑEDA BUSTOS. Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO

En cuanto al segundo cargo de la demanda. Desconocimiento del principio de igualdad, o mejor derecho para permanecer en el cargo.

Aduce el apoderado de la accionante, que resulta ilegal que la demandada no evaluara las condiciones de educación y experiencia de todas las personas que ocupaban en provisionalidad el cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 219 GRADO 01 para determinar a quién le correspondía ser declarado insubsistente, desconociendo así el derecho fundamental a la igualdad de su representada.

Analizados los anteriores argumentos, encuentra este Despacho que la parte actora no probó mínimamente tener un mejor derecho respecto a los demás funcionarios que se desempeñaban en provisionalidad para poder efectuar este juicio de valor, por cuanto ni siquiera determinó su perfil profesional ni funciones que desempeño, ni mucho el de los demás profesionales universitarios código 219 grado 01, respecto de los cuales consideraba reunir mejores cualidades que debían ser analizadas por el nominador al momento de sopesar la conveniencia de su permanencia en el cargo; máxime si se tiene en cuenta que para ese empleo existen diversos perfiles profesionales y funciones (abogados, economistas, ingenieros, contadores, administradores de empresas, licenciados, entre otros), así como diferentes dependencias de la entidad que tenían determinado el número de empleos según el perfil (oficina de control interno, de prensa, secretaría general, personería delegada para asuntos disciplinario, penales o atención al ciudadano, entre otros).

De manera que la desvinculación de la demandante en los términos que plantea en el cargo formulado, es decir, analizando su trayectoria de servicio en la entidad, idoneidad profesional, así como la inexistencia de un mal comportamiento de su parte, y el comparativo que debió realizarse respecto a los demás provisionales solo era posible hacerlo dentro del grupo que reuniera las mismas condiciones o requisitos exigidos para el cargo, y el control de legalidad de este estimativo requería haber probado cuántos cargos estaban disponibles para la lista de elegibles de la que fue nombrada la señora DORIS BOJORGE.

El Despacho advierte que el empleo 50680 comprende, como se dijo, diferentes perfiles, según certificación expedida por la Personería de Bogotá (fl.124 a 126) y mucho de ellos, por sus requisitos, sólo contaban con un cargo disponible, así por ejemplo el cargo ubicado en la Oficina de Control interno, exige el título de economista, el ubicado en Local Sumapaz requiere el título de ingeniería catastral y geodesia, el de la oficina asesora de divulgación y prensa el título de comunicación social y periodismo, por lo tanto si la actora se encontraba ubicada en uno de estos, no había la posibilidad de escoger entre muchos provisionales, pues solo estaría un cargo disponible.

Por último, advierte este Despacho que de conformidad con la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia sobre el tema, el acto administrativo por medio del cual se declaró la insubsistencia en el cargo de la actora y se nombra en periodo de prueba a un funcionario, fue debidamente motivado y notificado, expresando sucintamente las razones de hecho y de derecho que dieron origen a su expedición.

Así las cosas, como quiera que la parte actora no desvirtuó la legalidad del acto acusado, se negaran las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado¹² ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El proceso buscaba el reintegro de la actora al empleo que venía desempeñando en provisionalidad, luego de que fuera declarada insubsistente del mismo en desarrollo de la convocaría 01 de 2005.
- Las pretensiones fueron negadas.

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica y la complejidad del asunto, se condenara en costas por agencias en derecho a la parte actora, por haber sido vencida en juicio, ordenando pagar a favor de la demandante el equivalente a 0.3 S.M.L.M.V., esto es \$ 234.372.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Acuerdo 2552 de 2004 “Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa”, una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone

¹² Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11901-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas agencias en derecho a la parte actora con 0.3 S.M.L.M.V. conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

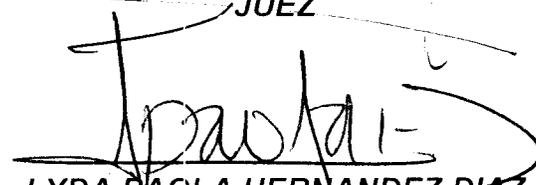
TERCERO: DESTINAR el remanente del proceso a favor del Superior de la judicatura, de conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

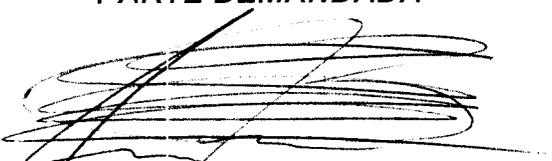
Así las cosas se da por terminada la presente audiencia y se les informa a las partes el término de ley para interponer los recursos de ley No siendo otro el motivo de la misma se firma la presente acta por los asistentes.

La agente oficiosa de la parte demandante manifiesta que interpone recurso de apelación.


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


LYDA PAOLA HERNANDEZ DIAZ
AGENTE OFICIOSA DE LA DEMANDANTE


MARIO ENRIQUE GALVIS AYALA
PARTE DEMANDADA


JOSE HUGO TORRES BELTRAN
PROFESIONAL UNIVERSITARIO