

Señor
JUEZ CIRCUITO DE BUCARAMANGA (REPARTO)
E. S. D.

ACCION: TUTELA
ACTOR: JAVIER ORLANDO RODRIGUEZ APONTE
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –
DIRECCION NACIONAL DE IMPUESTOS Y
ADUANAS NACIONALES - DIAN

REFERENCIA: Derecho al Trabajo, debido proceso (debido procedimiento administrativo), acceso a cargos públicos y mínimo vital.

JAVIER ORLANDO RODRIGUEZ APONTE, identificado con la c.c. 1.098.771.732 expedida en Bucaramanga, en ejercicio de la acción constitucional de tutela prevista en el artículo 86 constitucional, me permito interponer la mencionada acción contra la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**, con el objeto de:

I. SOLICITUD

PRIMERO: Se me ampare mi derecho fundamental al **TRABAJO, DEBIDO PROCESO (DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO), ACCESO A CARGOS PÚBLICOS y MÍNIMO VITAL**, respecto a las actuaciones y/u omisiones de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**

SEGUNDO: Que en consecuencia se **ORDENE** a la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo de instancia, reporte las novedades sobre provisión y uso de listas a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC**, de conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 165 de 2020, expedido por la misma entidad, si ya no lo hubiere hecho.

TERCERO: Que una vez dado lo anterior, como mecanismo de amparo, se **ORDENE** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** que verifique si la **OPEC 126572** es compatible con alguna de las vacantes definitivas reportadas por la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**, con ocasión de la orden pretendida en el numeral segundo de las pretensiones, estableciendo si son equivalentes en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones; calificando cuales de los vacantes reportadas corresponden a los criterios de cargos **EQUIVALENTES** respecto del ofertado en la **OPEC 126572**.

CUARTO: Una vez materializado lo anterior, solicito que se **ORDENE** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** conformar las listas de elegibles para los **“mismos empleos”** con las características establecidas en el criterio unificado y que se encuentren vigentes, en estricto orden de méritos, y remitirá el respectivo acto administrativo a la **DIRECCION NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN** para que realice los nombramientos en periodo de prueba a que haya lugar.

II. HECHOS

PRIMERO: En el marco del proceso de convocatoria pública para la provisión de cargos de carrera de la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**, adelantado por la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (C.N.S.C.)**, me inscribí para participar en las pruebas de mérito respecto de la Oferta Pública de Empleo de Carrera - O.P.E.C. 126572.

SEGUNDO: Con ocasión de los resultados del procedimiento de selección de carrera administrativa, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (C.S.N.C.) emite la **Resolución 7088 del 10 de noviembre de 2021**, en la cual conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer empleo código OPEC No. 126572, donde se me ubica en la posición **número cincuenta y cuatro** para la provisión de cargos.

TERCERO: Dentro de la decisión referida se manifiesta por la autoridad administrativa que el uso de la lista conformada se predicara únicamente para cuarenta y siete (47) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126572, al respecto el numeral séptimo de la parte resolutive dispone:

“ARTÍCULO SÉPTIMO. De conformidad con las disposiciones del artículo 35 del Acuerdo de este proceso de selección, en concordancia con el artículo 34 del Decreto Ley 71 de 2020, la presente Lista de Elegibles podrá ser utilizada, en estricto orden descendente, para proveer única y exclusivamente las vacantes que pudieren presentarse en los empleos que fueron ofertados como consecuencia del retiro del servicio del titular. (...)” (Subraya de énfasis)

CUARTO: Mediante el Artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 se modificó el régimen general de carrera administrativa (Ley 909 de 2004) y se dispuso respecto de la provisión de cargos de carrera a partir de las listas de elegibles que:

Ley 909 de 2004. Artículo 31. Etapas del Proceso de Selección o Concurso. *“El proceso de selección comprende: (...) 4. <Numeral modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> 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 y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad. (...)”* (Subrayado de énfasis)

QUINTO: La norma anterior fue objeto de interpretación administrativa por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil – C.N.S.C. mediante el documento denominado **“CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES”** expedido el **22 de septiembre de 2020**, en el cual fija las pautas para aplicar la norma referida, pero limita su alcance **temporal** a los procesos de selección surtidos con posterioridad a la emisión de la norma, excluyendo el surtido por la DIRECCION NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN para proveer la OPEC No. 126572.

SEXTO: La norma legal aludida fue objeto de interpretación por parte de la H. Corte Constitucional en la sentencia T-340 de 2020 MP – Luis Guillermo Guerrero Pérez, oportunidad en la que manifestó como **precedente constitucional** que:

“En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que

integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.” (Subraya para la ocasión)

SEPTIMO: No obstante la claridad del precedente precitado, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, como entidades accionadas, se han **abstenido** de aplicar la regla jurisprudencial, limitando el uso de la lista configurada para la OPEC No. 126572 exclusivamente a los cargos ofertados, como lo dispone en su aparte final la resolución de configuración de la lista.

OCTAVO: En razón a lo anterior, se han interpuesto diversas acciones de tutela por parte de los interesados en la aplicación de la norma aludida en los términos jurisprudenciales referidos, en relación con otra clase de convocatorias a empleos públicos, destacándose las surtidas bajo los radicados **680013333014-2022-00165-00 (Juzgado 14 Administrativo de Bucaramanga)**, **68001-40-88-010-2021-00126-00 (Juzgado 06 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga)**, que se adjuntan al presente escrito, en los que se fijó la **procedencia** de la acción de tutela para obtener la aplicación de la norma aludida y se fija un remedio de amparo de los derechos de carrera similar al pretendido en esta ocasión.

NOVENO: La omisión de aplicación de la regla fijada afecta mis derechos fundamentales, en medida que el **TRABAJO** y el **ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS** son derechos de tal categoría, que se expresan en el deber estatal de dar un cumplimiento estricto a las normas legales que gobiernan la **carrera administrativa** al momento de proveer los cargos públicos.

DECIMO: En relación con la procedencia directa de la acción de tutela para amparar los referidos derechos fundamentales, se destaca la posición asumida por le H. Tribunal Administrativo de Santander MP-Iván Fernando Prada Macias en la tutela tramitada bajo el radicado 68679333300320190013101, que fue objeto de revisión por la H. Corte Constitucional en sentencia T-340 de 2022, donde se concluye que en razón a la finalidad de estas acciones -La emisión de una decisión administrativa en un sentido específico-, son **ineficaces** los medios ordinarios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, superándose así el requisito de procedibilidad de la **subsidiariedad**.

ONCE: A la fecha, en atención al criterio fijado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – C.N.S.C., no se conoce por parte del suscrito la existencia de cargos equivalentes o no al correspondiente a la OPEC 126572, en los que se presentan como vacantes en la DIRECCION NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN a la fecha, por eso se propone como remedio a la vulneración fundamental reseñada, las ordenes pretendidas.

DOCE: Se destaca que el objeto de la presente acción, aun si se llegase a descartar su procedencia como remedio principal en razón a la fundamentalidad de los derechos de carrera y al acceso al servicio público, con ocasión de los hechos descritos se plantearía una situación constitutiva de un **perjuicio irremediable** determinante de un amparo provisional, pues las omisiones de las autoridades accionadas conllevaran la presentación de una nueva Oferta Pública de Empleo de Carrera respecto de los cargos **equivalentes**, configurando un **daño consumado** sin la intervención pronta del juez constitucional.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO PRINCIPAL (Sentencia T-340 de 2020, MP- Luis Guillermo Guerrero Pérez)

Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos¹, en un

¹ Ver, entre otras, Sentencia T-654 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria, por lo que, al haber quedado una vacante definitiva frente exactamente el mismo cargo para el cual él concursó, aparece la disputa que es objeto de revisión en esta tutela, consistente en determinar si cabía el encargo frente a un funcionario de la entidad, o si, por el contrario, debía hacerse uso de la lista de elegibles en el orden y conforme al mérito demostrado, por parte de las personas que concursaron para acceder a la función pública. Así las cosas, como lo manifestó este Tribunal en la citada Sentencia T-059 de 2019, se observa que, en esta oportunidad, la controversia implica verificar el "(...) **principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales**"².

En segundo lugar, se avizora en este caso una de las causales mencionadas en la citada providencia, a fin de determinar que, en concreto, los medios ante lo contencioso administrativo no son siempre eficaces, concerniente a que "(...) *la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta*". Al respecto, como se mencionó en el acápite de antecedentes, su vigencia se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 31 de julio de 2018, la posibilidad de aplicarla se extendió hasta máximo el 30 del mismo mes pero de este año, de suerte que hoy en día no cabe proceder a su uso y, en caso de no asumir la revisión de lo resuelto por el juez de instancia y decretar la improcedencia de la acción de tutela, prácticamente el accionante no tendría mecanismo alguno para reclamar su acceso a la función pública, y se estaría, por razones meramente formales, excluyendo la verificación del mérito como principio fundante del Estado colombiano. No sobra recordar que el actor ocupa en la actualidad el cargo que reclama, en virtud de lo resuelto por el juez de segunda instancia en este trámite de amparo constitucional, por decisión del 3 de julio de 2019.

En tercer lugar, como ya se dijo, la exclusión de la procedencia del amparo llevaría a que, al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, el accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 del Texto Superior, que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica³.

Lo anterior, en línea con la solicitud formulada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para la cual, desde la óptica constitucional, no se ha precisado si existe un derecho de las personas que ocupan una lista de elegibles que aspiran a ser nombradas en vacantes definitivas distintas a las ofrecidas en la convocatoria, por lo que esta sería la oportunidad para realizar esas precisiones.

Además de las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante no se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, por las siguientes razones:

² Énfasis por fuera del texto original.

³ En un caso similar, en el que se cuestionaba la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles, la Corte consideró que la acción de tutela es el mecanismo judicial eficaz e idóneo "cuando se corre el riesgo de que en el trámite de una de las vías con que pueda contar el tutelante, la lista de elegibles pierda vigencia y la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento". Sentencia T-319 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Primero, porque la suspensión de un acto administrativo exige que se aprecie una posible violación de la ley, que *surja* del análisis del acto demandado y de su *confrontación* con las normas invocadas como vulneradas⁴. En este caso, no se advierte la existencia de una oposición normativa que sea evidente, como lo demanda la ley y lo requiere la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵, sino de una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al criterio de mérito que introduce la Constitución, con la particularidad de que, en el curso de la tutela, se produjo un proceso de tránsito legislativo que, como lo advierte la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contaba con un criterio unificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme al cual la Ley 1960 de 2020, en cuyo artículo 6 se dispone que la lista de elegibles se aplicará “*en estricto orden de méritos*” para cubrir “*las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad*”, únicamente se debía aplicar para los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria hayan sido aprobados después de su entrada en vigor, esto es, el 27 de junio de 2019 y, en el caso bajo examen, tal actuación tiene su origen en el año 2016. Por consiguiente, no se trata de un caso en donde se advierta la simple confrontación de normas como supuesto legal que habilite la medida cautelar de suspensión provisional, en los términos del artículo 231 del CPACA.

Segundo, porque la discusión no permite una medida conservativa⁶, en tanto que lo que se busca es precisamente reclamar un derecho que había sido objeto de una respuesta negativa por parte de la administración. Y tampoco cabe la orden de adoptar una decisión administrativa⁷, por cuanto ella es el sustento propio de la controversia de fondo, y al tratarse de una medida anticipativa, solo se justifica ante la inminencia de un daño mayor⁸, hipótesis de apremio que no resulta evidente en este caso, al tener que verificarse el alcance de una garantía de raigambre constitucional y el tránsito legislativo ocurrido sobre la materia.

Por el conjunto de razones expuestas, se advierte la falta de eficacia e idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo para dar respuesta a la controversia planteada, lo que amerita su examen a través de la acción de tutela, como medio principal de protección de los derechos invocados. Por esta razón, se procederá a plantear el problema jurídico bajo examen y a determinar los aspectos que serán objeto de evaluación por parte de este Tribunal, con base en los cuales se adelantará el examen del caso concreto.

LEY 1960 DE 2019 Y SU APLICACIÓN EN EL TIEMPO (Sentencia T-340 de 2020, MP- Luis Guillermo Guerrero Pérez)

El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, “*Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*”. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos

⁴ CPACA, art. 231.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, 16 de mayo de 2018, radicación 11001-03-25-000-2016-00178-00 (0882-16). Textualmente, en este fallo se dice que: “(...) *determinar si los apartes acusados del art. 3º del Decreto 1507 de 2014, vulneran efectivamente los derechos contemplados en las normas constitucionales y pactos internacionales, invocados por el demandante, es un asunto que no se evidencia con la simple confrontación como lo dispone el art. 231 del CPACA, sino, que requiere el ejercicio de análisis ponderado en la sentencia.*” Énfasis por fuera del texto original.

⁶ El artículo 230 del CPACA establece que: “**Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** (...) Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerable o amenazante, cuando fuere posible. (...)”

⁷ El mismo artículo citado en la nota a pie anterior señala que: “**Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** (...) Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...) 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. // 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquier de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. (...)”

⁸ ARIAS GARCÍA, Fernando, *Estudios de Derecho Procesal Administrativo*, Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 381.

superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas “*vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad*”. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995⁹, que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010¹⁰ se decidió su exequibilidad¹¹. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por

⁹ “Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones”

¹⁰ M.P. Humberto Sierra Porto.

¹¹ En esta providencia se decidió declarar inexecutable únicamente la expresión “inferior”, que permitía que las listas de elegibles también fueran usadas para proveer cargos de este tipo.

vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe¹², así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir “*se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto*”¹³.

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “*pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva*”¹⁴. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer*”¹⁵. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004¹⁶.

¹² Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹³ Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁴ Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁵ Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁶ La norma en cita dispone que: “**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio.** El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que ***“las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”, entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”***¹⁷.

En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el

nómina de pensionados correspondiente.] // f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo; // m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.”

¹⁷ Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>.

nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

IV. ANEXOS

Como anexos aportados a la presente solicitud en aras de fungir de pruebas:

1. **Anexo 1** – RESOLUCIÓN № 7088 del 10 de noviembre de 2021 de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, por medio de la cual “(...) se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer cuarenta y siete (47) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado GESTOR III, Código 303, Grado 3, identificado con el Código OPEC No. 126572, diferente a los del nivel Profesional de los Procesos Misionales del Sistema Especifico de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Proceso de Selección DIAN No. 1461 de 2020”.
2. **Anexo 2** – Criterio Unificado de “Uso de Listas de Elegibles para Empleos Equivalentes” de la Comisión Nacional del Servicio Civil.
1. **Anexo 3** – ACUERDO N° 0165 DE 2020 de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, “Por el cual se reglamenta la conformacion, organizacion y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera y Sistemas Especificos y Especiales de Origen Legal en lo que les aplique”
2. **Anexo 4** – Sentencia de Segunda Instancia proferida en acción de tutela tramitada bajo el radicado 68001408801020210012600.
3. **Anexo 5** - Sentencia de Primera Instancia proferida en acción de tutela tramitada bajo el radicado 68001333301420220016500.

V. JURAMENTO

En esta oportunidad se manifiesta bajo la gravedad de juramento que no se ha interpuesto una acción tuitiva por los mismos hechos de la presente por parte del suscrito, en cumplimiento de lo impuesto en el artículo 37 del D.E. 2591 de 1991.

VI. NOTIFICACIONES Y VINCULACIONES

DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES: La entidad territorial podrá ser notificada al correo electrónico notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co, siendo este el reportado en su sitio web para estos efectos en cumplimiento del C.P.A.C.A., conforme se constata en: <https://www.dian.gov.co/Paginas/Notificaciones-Judiciales-Formulario.aspx>

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL: El órgano constitucional autónomo podrá ser notificada al correo electrónico notificacionesjudiciales@cncs.gov.co, siendo este el reportado en su sitio web para estos efectos en cumplimiento del C.P.A.C.A., conforme se constata en: <https://www.cncs.gov.co/>

DEMÁS INTEGRANTES DE LA LISTA DE ELEGIBLES INSERTA EN LA RESOLUCIÓN № 7088 del 10 de noviembre de 2021 DE LA C.N.S.C., los demás participantes de la convocatoria que estas insertos en la lista de elegibles objeto de la acción, **deben** ser **vinculados**, sin ser en estricto sentido la parte contra quien se dirige la acción de tutela, por ser una acción que afecta directamente sus intereses.

ACCIONANTE, Para efectos de las comunicaciones de las actuaciones que se surtan al interior de la presente acción, ruego se me notifiquen al correo electrónico: jrodriguez275@unab.edu.co

(Firmado y aprobado electrónicamente)
JAVIER ORLANDO RODRIGUEZ APONTE,
C.C. 1.098.771.732 de Bucaramanga