



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL¹

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Sincelejo, 8 de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Acción de Tutela	
Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Radicación:	Nº 70001-33-33-005-2020-00160-02
Demandante:	Diana Margarita Hernández Coronado
Demandados:	Alcaldía de Itagüí – Comisión Nacional del Servicio Civil
Procedencia:	Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo

Tema: *Igualdad / Acceso a la carrera administrativa por mérito / Debido proceso administrativo / Aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019*

EL ASUNTO POR DECIDIR

Una vez agotadas las etapas propias del proceso, procede esta Sala a dirimir la impugnación presentada por la parte accionante contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo el 15 de diciembre de 2020.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

La señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, quien actúa en nombre propio, con domicilio en Sincelejo según el escrito de tutela, refiere que la Comisión Nacional del Servicio Civil (En adelante CNSC) convocó a concurso de méritos mediante acuerdo 20161000001356 del 12 de agosto de 2016 para proveer los empleos vacantes de la planta de personal de la Alcaldía de Itagüí – Antioquia (convocatoria No. 429 de 2016 – ANTIOQUIA)”.

Señala que, concursó para el empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 3, identificado con la **OPEC 34599** de la Alcaldía de Itagüí, del cual se ofertaron 2 cargos definitivos, ocupando el 3º puesto en la lista de elegibles.

¹ Por decisión de sala plena administrativa consignada en sala del 27 de Enero de 2021, se modificó la numeración y composición de las salas de acuerdo a los Apellidos de los Magistrados, **la sala tercera de decisión** quedo integrada por **Andrés Medina Pineda en calidad de ponente** y por los doctores Eduardo **Torralvo** Negrete y Rufo Arturo **Carvajal** Argoty.

La CNSC expidió la Resolución de lista de elegibles No. 20192110081025 del 18-06-2019. De dicha lista se posesionaron los 2 primeros elegibles; sin embargo, han quedado algunas plazas vacantes y otras fueron creadas posteriormente, que fueron provistas por nombramientos en provisionalidad, sin que se tenga en cuenta la lista de elegibles.

Expresa que, la lista de elegibles (Resolución 20192110081025 del 18 de junio de 2019, cuya firmeza es del 5 de julio de 2019), tiene una duración de 2 años, ocupando actualmente el primer lugar en la lista; por ello, solicitó ante la Alcaldía de Itagüí la aplicación de la Ley 1960 de 2019 junto al criterio unificado del 16 de enero sobre el uso de listas de la CNSC, la Circular 001 de 2020 de la CNSC y el acuerdo 165 de 2020 de uso de listas de la CNSC y con ello, su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 3.

Indica además que, el 11 de agosto de 2020, solicitó a la alcaldía de Itagüí que solicitara a la CNSC el uso de listas de elegibles para que se procediera a su nombramiento; igualmente, se le informara los reportes que dicha entidad haya efectuado a la CNSC sobre las vacantes definitivas que se han generado y se realicen en el menor tiempo posible por parte de la entidad para proveer el cargo de Profesional Universitario, Código 219, grado 3.

Afirma que, el Secretario de Servicios Administrativos de la Alcaldía de Itagüí dio respuesta a la petición haciendo referencia a las vacantes que se han generado posterior al cierre de la convocatoria, de los cuales hay 3 en vacancia. Así mismo indicó *“Realizada la información solicitada por usted y considerando el concepto del 6 de agosto de 2020. Complementación al criterio unificado “Uso de lista de elegible en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019 del 16 de enero de 2020” que define “entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el numero OPEC” no es aplicable para las vacantes existentes actualmente en la denominación de Profesional Universitario, Código 219, grado 03”*.

Insiste que, la Alcaldía de Itagüí desconoce el derecho fundamental al debido proceso, puesto que no reconoce la normatividad de la CNSC, ni le ha dado el verdadero alcance, ya que la CNSC es quien realiza el estudio y autoriza para que los elegibles que se encuentran en lista ocupen las vacantes que se generen con posterioridad al cierre de la OPEC.

2. LOS DERECHOS INVOCADOS

Como derechos fundamentales vulnerados, invoca la igualdad, acceso a la carrera administrativa por meritocracia, debido proceso y confianza legítima.

3. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

A título de pretensiones, solicitó como principales:

- 1. Se ordene al alcalde del municipio de Itagüí o quien se delegue, que proceda de manera prioritaria a realizar la solicitud de autorización del uso de listas de elegibles conforme a la CIRCULAR 001 del 21 de febrero de 2020 de la CNSC, para todas las vacantes definitivas que surgieron posterior al cierre de la OPEC a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- para surtir las vacantes definitivas del empleo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 3, del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Itagüí, con la lista de elegibles conformada en la Resolución 20192110081025 del 18-06-2019 en estricto orden de mérito, cuya firmeza es del 5 de julio de 2019, en la cual se encuentra ocupando el primer puesto dentro de la lista de elegibles, ello en aplicación del principio de retrospectividad de la ley”.
- 2. Se “ordene a la CNSC que realice el estudio técnico de la resolución 20192110081025 del 18-06-2019 cuya firmeza es del 5 de julio de 2019 la cual se conformó para proveer dos (2) vacantes existentes en la OPEC 34599 y remita dentro del término de 48 horas, la autorización con su nombre para cubrir las vacantes definitivas del empleo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 3, iguales o empleos con similitud funcional.”

Como pretensiones subsidiarias deprecó:

- 1. Se suspenda la vigencia del artículo 6° de la Resolución CNSC – 2019211008025 del 18-06-2019.
- 2. Se indiquen límites en tiempo a la alcaldía de Itagüí y a la CNSC para realizar los trámites administrativos y financieros, en especial que el tiempo no sea superior a la vigencia de la lista de elegibles.

4. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

PRIMERA INSTANCIA

Actuación procesal	Páginas de expediente Digital de Tyba	Fechas o Asuntos
--------------------	---------------------------------------	------------------

Reparto	Expediente digital del aplicativo Tyba	6 de octubre de 2020
Auto admisorio	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_auto admite	6 de octubre de 2020
Se notificó vía correo electrónico a la Procuraduría, CNSC y alcaldía de Itagüí	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_Notificación auto admisorio	7 de octubre de 2020
Contestación de la CNSC	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_contestación	13 de octubre de 2020
Contestación alcaldía de Itagüí	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_contestación	13 de octubre de 2020
Se profiere sentencia declarando improcedente la tutela	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_sentencia	21 de octubre de 2020
Se notifica la sentencia vía electrónica a las partes	Expediente digital del aplicativo Tyba – act_notificación sentencia	22 de octubre de 2020
La accionante impugna la decisión	Expediente digital del aplicativo Tyba – act_solicitud impugnación	27 de octubre de 2020
Se concede la impugnación	Expediente digital del aplicativo Tyba – act_auto concede	27 de octubre de 2020
Auto declara nulidad por indebida integración del contradictorio	Expediente digital del aplicativo Tyba – act_declara nulidad	25 de NOV de 2020
Auto de obedecer y cumplir	70001333300520200016000_ACT_AUTO OBEDEZCASE Y CUMPLASE_	4 de diciembre de 2020
Notificación a notificaciones@itagui.gov.co ; notificacionesjudiciales@cns.gov.co ; diana.hercor@hotmail.com ; aghenao@procuraduria.gov.co	Notifica auto de obedézcase y cúmplase	4 de diciembre de 2020
Contestación CNSC	70001333300520200016000_ACT_CONTESTACION_14-12-2020 10.45.33 a.m	10 de diciembre de 2020
Sentencia	70001333300520200016000_ACT_SENTENCIA_16-12-2020 11.29.40 a.m_	16 de diciembre de 2020
Notificación de sentencia	70001333300520200016000_ACT_NOTIFICACION SENTENCIA_16-12-2020 11.58.28 a.m_	16 de diciembre de 2020
Solicitud de impugnación	70001333300520200016000_ACT_SOLICITUD IMPUGNACION_27-10-2020 12.32.48 p.m_	12 de enero de 2021
Auto concede impugnación	70001333300520200016000_ACT_AUTO CONCEDE - RECHAZA IMPUGNACION_12-01-2021 11.49.57 a.m	12 de enero de 2021
Envío al superior	70001333300520200016000_ACT_ENVIO A SUPERIOR POR INTERPUESTOS SIN FINALIZACION_12-01-2021 2.32.53 p.m	12 de enero de 2021

SEGUNDA INSTANCIA

Actuación procesal	Folio	Fechas o asuntos
Pasa el asunto al despacho	70001333300520200016002_ACT_CONSTANCIA SECRETARIAL_13-01-2021 10.19.41 a.m_	13 de enero de 2021

5. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

6.1. LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-. Rindió informe en la presente acción constitucional manifestando en primer lugar que la tutela no es idónea para cuestionar la legalidad de actos administrativos, toda vez que se disponen de otros medios o recursos de defensa judicial.

Indica también que, en el presente caso, la accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama. Amén, precisa que, los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que las listas de elegibles sólo generan un derecho adquirido a los elegibles que, al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron con base en el número de vacantes ofertadas por empleo. A diferencia, **los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritória** que les generara el derecho a ser nombrados, **le asiste una expectativa** frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

Expresa que, la presente acción de tutela no tienen la virtud de acreditar los supuestos del perjuicio irreparable al que pudiera verse enfrentada la tutelante, circunstancia que funge como requisito *sine qua non* para ejercitar el presente instrumento jurídico procesal de carácter constitucional, a fin de cuestionar actos de naturaleza administrativa, así, en punto del problema jurídico surge diáfano que la acción de amparo no cumple con el presupuesto de subsidiariedad, de tal manera que, no sería posible adentrarse al fondo de la controversia para verificar si la negativa de realizar uso de Listas de Elegibles para proveer nuevas vacantes, quebrantó los derechos fundamentales de la accionante. En ese entendido, se ha de hacer especial claridad que los actos administrativos (Acuerdo de Convocatoria, Resolución Lista de Elegibles) cuestionados por el accionante se emitieron en el proceso de un concurso de méritos, ante lo cual, la Jurisprudencia también ha mantenido el criterio de la improcedencia de la tutela cuando se busca precisamente revisar las reglas o pautas que rigen tal proceso, así como aquellas determinaciones que se adopten en la evolución de sus etapas o fases.

Cita apartes del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia: *"Las inconformidades que surjan de los procesos públicos de selección, por las reglas allí instituidas, deben atacarse en la jurisdicción correspondiente a través del camino establecido para el efecto; esto es, la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, que es el escenario natural donde es posible desvirtuar la presunción de legalidad de que aquéllos hallan revestidos, siendo el escenario*

propicio para que la actora discuta el derecho a reclamar”². Coligiendo que, la utilización de la acción de tutela para revisar si la Ley 1960 de 2019, es aplicable al caso que nos ocupa, no puede tener escenario distinto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la autoridad competente.

Referente al estado de la accionante en el concurso, indicó que la señora Diana Margarita Hernández Coronado, concursó en la Convocatoria 429 de 2016 - ANTIOQUIA, para el empleo, identificado con el código OPEC³ No. 34599, denominado Profesional Universitario, grado 3, quien agotadas las fases del concurso **ocupó la posición No. 3**, en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC – 20192110081025 del 18 de junio de 2019, para proveer cinco **(2) vacantes**, como se observa continuación:

RESUELVE:					
ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer Dos (2) vacantes del empleo de carrera denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 3, de la Alcaldía de Itagüí, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, bajo el código OPEC 34599, así:					
Posición	Tipo doc	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	98531744	JOSE ARJEDI	ATEHORTUA OSSA	72.33
2	CC	32298950	LIANA CAROLINA	OROZCO DIOSA	72.29
3	CC	1102848129	DIANA MARGARITA	HERNANDEZ CORONADO	68.85
4	CC	1013616893	DIANA MARCELA	MEZA CALDERÓN	65.70
5	CC	1022096594	LUISA MARIA	BUSTAMANTE MURIEL	65.38
6	CC	1037596455	DAVID	MEJÍA MONTOYA	61.54

En cumplimiento a lo dispuesto en el acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al municipio, el mencionado acto administrativo para que procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito, es decir la primera posición.

Comoquiera que para el empleo en mención se ofertaron únicamente **dos (2) vacantes**, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba para el cargo, fueron los aspirantes que ocuparon la primeras dos (2) posiciones en la lista de elegibles. Como se observa, la accionante ocupó la posición No. 3, es decir una (1) vacante por encima de los primeros lugares, razón por la cual, no era posible que se realizara su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo, en ese sentido, se precisa que el empleo No. 34599 se encuentra provisto con los elegibles ubicados en la posición uno (1) a la dos (2).

Aclara que, en cuanto a **nombramientos y posesiones** y en general en la administración de plantas de personal, **esa Comisión no tiene competencia**,

² Sentencia C.S.J STC 20 de febrero de 2013 Rad 2012-00100-01 y CSJ STC 25 de abril 2012, Rad 00257-01
³ Oferta pública de empleos de carrera.

pues dicha facultad se otorgó por la ley exclusivamente en los representantes legales o delegados de las respectivas entidades, tal como lo prescribe el inciso final del artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015, que señala: «(...) Corresponde a los ministros, directores de departamentos administrativos, presidentes, directores o gerentes de las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, nombrar al personal de su entidad u organismo, salvo aquellos nombramientos cuya provisión esté atribuida a otra autoridad por la Constitución o la ley (...)».

En ese orden, la competencia de la CNSC frente a los procesos de selección está limitada a las fases de i) convocatoria, ii) reclutamiento iii) aplicación de pruebas y iv) conformación de listas de elegibles, recayendo en las entidades destinatarias del concurso la responsabilidad de realizar **los nombramientos en período de prueba de los elegibles**, mismo que una vez culminado deberá ser evaluado emitiendo la calificación que en derecho corresponda.

Tocante a la procedencia del uso de la lista de elegibles, indica que el literal e) del artículo 11, de la Ley 909 de 2004, designa que la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de sus funciones de administración de carrera administrativa, le corresponde «conformar, organizar y manejar el banco nacional de listas de elegibles» y en el literal f) contempla «remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se debe 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».

Expuesto lo anterior, señala que para que se dé el uso de listas se deben presentar dos situaciones:

i) Una primera situación es que, cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria no acepta el nombramiento en período de prueba o no se pronuncia, es deber de la entidad expedir el **acto administrativo de derogatoria**, caso contrario cuando el elegible ya ha tomado posesión del empleo y renuncia se expide el **acto administrativo de aceptación de renuncia**, caso en el cual el **«uso de listas es automático»**, y en este caso, la entidad respectiva se encuentra autorizada para hacer uso en estricto orden de méritos de las listas de elegibles durante la vigencia de la lista de elegibles según lo dispone el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 2.2.5.1.12 del Decreto 648 de 2017, el cual establece:

ARTÍCULO 2.2.5.1.12 Derogatoria del nombramiento. La autoridad nominadora deberá derogar el nombramiento, cuando:

1. La persona designada no manifiesta la aceptación del nombramiento, no acepta, o no toma posesión del empleo dentro de los plazos señalados en la Constitución, la ley o el presente Título.
2. No sea viable dar posesión en los términos señalados en el presente Título.
3. La administración no haya comunicado el nombramiento.
4. Cuando la designación se ha hecho por acto administrativo inadecuado”

“ARTÍCULO 2.2.11.1.3 Renuncia. Toda persona que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente en cualquier tiempo.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, de forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste deberá aceptarla.

La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito, y en el acto administrativo correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

En este punto es importante indicar que la recomposición de la lista, se produce de manera automática (no requiere de acto administrativo que la declare) una vez se genera la vacante por las causales allí contempladas.

ii) La segunda ocurre cuando se presente la renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el período de prueba, o cuando la entidad crea nuevos cargos, durante la vigencia de las listas de elegibles.

En este evento, la entidad debe solicitar autorización para hacer «**uso de la lista con cobro**», de conformidad con lo determinado en el inciso 4° del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, donde establece que las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por esa Comisión, deberán sufragar los costos determinados, para lo cual se expidió la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, donde se estableció la tarifa para el uso de las listas de elegibles para las entidades pertenecientes al sistema general de carrera administrativa, la cual asciende a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden nacional y medio salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden territorial, por cada vacante a ser provista.

Y en el caso que se presenten vacantes por la creación de nuevos cargos por parte de la entidad, previo a realizar la solicitud de uso de listas con cobro, la entidad nominadora deberá reportarlas en el aplicativo SIMO de conformidad con el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y la circular externa 0001 de 2020, expedidos por esta Comisión Nacional, para que sean provistos con la lista de elegible que se encuentren vigentes.

En este punto, trae a colación lo establecido en el artículo 33 del Acuerdo 562 de 2016, proferido por esta Comisión Nacional, cuyo tenor literal señala: «**Reporte de Información.** Las entidades que se rigen por la Ley 909 de 2004, deberán reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de los medios electrónicos o físicos determinados para el efecto, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, calificación del período de prueba, renunciaciones presentadas y demás situaciones que puedan afectar la conformación y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad»⁴

Tocante a la aplicación del criterio unificado de 16 de enero de 2020, señaló que, la nueva disposición (Ley 1960 de 2019), aplica a los procesos de selección aprobados por la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, con posterioridad a su entrada en vigencia, extensible también al uso de sus listas de elegibles, por lo que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio, en atención a que dicho fenómeno sólo procede «**frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa**», situación que no se da en el *sub júdice*, ya que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas del concurso de méritos ya se encuentran agotadas, la CNSC conformó lista de elegibles para el empleo identificado con el código OPEC No. 34599; es decir, es una situación fáctica y jurídica que no es susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad, pues queda claro que el aspirante concursó para la provisión de una (2) vacantes, hoy provistas por los aspirantes que ocuparon la posición meritatoria en la lista de elegibles, y con derechos de carrera administrativa consolidados.

Por último, sostuvo que, consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de las listas **la Alcaldía de Itagüí no ha reportado la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de la OPEC 34599. De tal manera, se concluye imperiosamente que el empleo ofertado fue provisto conforme a las reglas del proceso de selección.**

Aunado a lo anterior, arguyó que una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, **la Alcaldía de Itagüí no ha reportado movilidad de la lista**, entendida la movilidad en el marco del uso

⁴ Derogado por el Acuerdo 165 de 2020 el cual al respecto indica “ARTICULO 6°. Reporte de Información sobre provisión y uso de listas. Las entidades deberán reportar a la CNSC por el medio que esta disponga, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, derogatorias, revocatorias, renunciaciones presentadas y demás situaciones que puedan afectar el orden de provisión y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad.”

de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritatoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Por lo tanto, **las vacantes ofertadas se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 1 y 2.**

Asimismo, aclaró que la señora Diana Margarita Hernández Coronado se encuentra sujeta no sólo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad, en tal sentido, **no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles del empleo 34599, toda vez que sobre el acto administrativo respectivo no se ha solicitado autorización por parte de la entidad.**

6.2. MUNICIPIO DE ITAGÜÍ.- Rindió informe manifestando que dio cumplimiento al auto del 4 de diciembre de 2020 emitido por el Juzgado 005 administrativo de la ciudad de Sincelejo - Sucre, procediendo a notificar la presente acción de tutela a todos los empleados que ocupan en provisionalidad los cargos de Profesional Universitario, Código 210, Grado 3 (precisa que, sólo hay un servidor con dicha situación administrativa). Para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa si lo estiman conveniente y necesario.

Respecto a la tutela, sostuvo que no se ha desconocido la lista de elegibles, puesto que, conforme a los actos administrativos de la Comisión Nacional del Estado Civil, la señora Hernández Coronado ocupó el tercer lugar de la lista de elegibles para la OPEC 34599, cargo que ofertó dos vacantes, los cuales fueron ocupados por los primeros de la lista.

Precisa que, ese ente no ha desconocido ni modificado la lista de elegibles establecida por la CNSC, toda vez que frente a la OPEC 34599 no hay empleos para proveer.

En cuanto al principio de retrospectividad de la ley, señaló que la lista de elegible para la precitada OPEC es una situación jurídica consolidada, conformada por la CNSC, donde se establecen los nombres, lugares que ocuparon cada uno de los aspirantes y también se estableció su vigencia, de allí que, no puede alegarse que es un acto administrativo que está en construcción, ni que es una situación de hecho.

Por último, solicita que se declare la improcedencia del mecanismo de amparo, como quiera que esa entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno y ha dado cumplimiento a las reglas del concurso.

6.3. LOS VINCULADOS. No presentaron intervención.

7. LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 15 de diciembre de 2020, resolvió declarar improcedente la acción de la referencia al considerar que lo que se procura es que se dé cumplimiento a una ley y a un acto administrativo, en consecuencia, existen otros mecanismos de defensa, esto es, los medios de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho y la Acción de Cumplimiento, para cuestionar dichos actos, precisando que, la acción de cumplimiento tiene un término de 20 días hábiles para proferir sentencia, contados desde el día siguiente a la admisión, y por otra parte, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la accionante puede solicitar medidas cautelares de suspensión.

Por otra parte, el *a-quo* sostuvo que, la peticionaria no logró probar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que desplace los mecanismos ordinarios de defensa, ello comoquiera que el argumento que esgrimió fue la vigencia de la lista de elegibles contenida en la Resolución 20192110081025 del 18-06-2019, cuando lo cierto es que, la lista tendría validez hasta el 5 de julio de 2021.

Amén, aclaró que, frente al precedente jurisprudencial alegado por la accionante, en ninguna de esas sentencias enunciadas (Sentencias SU 133 de 1998, T-455 del 2000, SU 913 de 2009 ...), se impone que la acción de tutela debe tenerse por procedente cuando lo que se debata sea el respeto de una lista de elegibles, pues en cada una de ellas, atendiendo a las situaciones concretas del accionante, se decide si es procedente o no este mecanismo subsidiario. Así entonces, no se exime al juez de tutela de la obligación de verificar la procedencia de la acción cuando existen otros mecanismos de defensa.

Por último, insiste en que la accionante cuenta con dos mecanismos de defensa judicial a través de los cuales se pueden debatir sus pretensiones.

7.1 LA IMPUGNACIÓN.

7.1.1 LA ACCIONANTE⁵, impugnó la anterior decisión aduciendo que, la decisión de primera instancia se apartó del precedente constitucional fijado en providencia de 21 de agosto de 2020, sobre la figura del uso de listas de elegibles.

Expone que, el problema jurídico está erróneamente planteado, pues no señaló a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC, como vulneradora de sus derechos fundamentales, dado que es claro que se demandó solamente al municipio de Itagüí, en tanto a la CNSC sólo se le vinculó dado su especial reconocimiento constitucional para determinar el mérito en Colombia. Preciso que, no es al municipio accionado a quien corresponde hacer el análisis y/o autorización del uso de listas de elegibles, porque ello corresponde a la CNSC en virtud del artículo 130 superior. Por ello, hasta no recibir de parte del ente municipal, la CNSC, no efectúa el examen correspondiente.

Indica que, el *A quo* no se percató que el acto administrativo no es de carácter definitivo, sino un acto de trámite dentro del proceso de solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, lo que torna imposible acceder a la jurisdicción contenciosa.

Agrega que, con la publicación de la listas no se concluye el proceso meritocrático, dado que el concurso se compone de diferentes etapas, una de las últimas cuando se supera el periodo de prueba, en cuyo caso el elegible será retirado de la lista, pero para quienes se encuentran en ella, existe una expectativa legítima por si se generan vacantes en el mismo empleo.

Entonces, ante la existencia de vacantes definitivas nuevas –existen al menos 2 cargos con igual denominación, código y grado, que se han generado, le corresponde a la entidad realizar la solicitud, puesto que es a la CNSC a la que corresponde determinar si para su caso en particular, se deben cubrir dichas vacantes.

Anexa como prueba, respuesta emitida por la CNSC a un concursante, donde autorizaban la lista de elegibles de fecha 7 de octubre de 2020. Insiste también, en que la Convocatoria del ICBF es del 2016, anterior a la expedición de la ley 1960 de 2019 y del criterio unificado sobre uso de listas de elegibles es del 19 de enero de 2020, igual al de la alcaldía de Itagüí, por lo que invoca se de aplicación al derecho fundamental a la igualdad.

Por último, expresa que tampoco es viable acudir a la acción de cumplimiento como lo sugirió el juez de primera instancia, dado que no puede exigirle a la CNSC que realice el estudio de las listas de elegibles en razón a que la CNSC pone en funcionamiento ese

⁵ Expediente que reposa en aplicativo Tyba _act_solicitud impugnación_

mecanismo, sólo si existe una petición de la Alcaldía de Itagüí. Máxime cuando, tampoco podría agotar el requisito de procedibilidad, ya que no puede solicitar directamente a la CNSC el uso de listas de elegibles.

Pide también, que se tenga en cuenta la posición reciente de la Corte Constitucional al expedir la sentencia **T-340 de 2020**, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, del 21 de agosto de 2020.

8. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

8.1. COMPETENCIA: El Tribunal, es competente para conocer en Segunda Instancia, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto ley 2591 de 1991.

8.2. PROBLEMA JURÍDICO: De conformidad con los aspectos de hecho y de derecho del caso, considera la Sala que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si la negativa del Municipio de Itagüí en la utilización de registros vigentes para proveer vacantes no ofertadas o creadas con posterioridad, vulnera el debido proceso administrativo y el derecho fundamental del acceso a cargos públicos por mérito y en consecuencia, si es constitucional ordenar la provisión de los empleos de carrera administrativa, identificados como Profesional Universitario, grado 3, Convocatoria 429 de 2016 - ANTIOQUIA, con los integrantes de las listas de elegibles vigentes, emitidas por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL; pero que, estando en dichos registros, sus lugares en ellas excedía el número de plazas convocadas, en aplicación de la regla contenida en ley 1960 de 2019, tal como lo pretende la accionante.

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: **i)** Derecho al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; **ii)** Derecho a la igualdad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; **iii)** De la autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa; **iv)** Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo. Reiteración de la sentencia T-340 de 2020; y, **v)** Caso concreto.

8.3. *Derecho al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.*

El numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política consagra el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, como una expresión protegida del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Frente al tema la Corte Constitucional en sentencia **C-123 de 2013**, indicó:

(...)

*Aunque el acceso a la función pública corresponde a un derecho constitucionalmente garantizado, distintas son las formas dispuestas para escoger a las personas que cumplirán funciones al servicio del Estado. Así **el artículo 125 de la carta establece la carrera administrativa como regla general tratándose de los empleos en órganos y entidades estatales**, pero a continuación exceptúa de ello los cargos de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos determinados por la Ley; en su inciso segundo indica que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la Ley, serán nombrados por concurso público.* (Subrayado y negrilla fuera del despacho)

Así pues, siendo este derecho el componente de un derecho político, dentro de su mecanismo de protección la tutela se torna procedente atendiendo la importancia de los ciudadanos en la participación de la conformación del poder político.

8.4. Derecho a la igualdad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa

Para la Corte Constitucional el sistema de carrera es una manifestación del principio de igualdad y oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 de la Constitución Política⁶, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: **i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política y ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.**

En este sentido resulta violatorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de alguna condición o convicción, de igual forma es contrario al mencionado principio toda conducta que sin justificación alguna rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso, así como desconocer dicho principio en aquellos concursos que carezcan de medidas efectivas de garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.

Por lo que a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Constitución Política y en virtud del derecho al debido proceso, la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público, ante lo que la Corte Constitucional ha señalado que: *i) el empleo público es*

⁶ C-046 de 2018

*por regla general de carrera, ii) los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley serán escogidos por concurso público, iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos, y iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo por violación del régimen disciplinario y por demás causales previstas en la constitución y en la ley*⁷.

El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos. Este último corresponde a los procesos en los que a través de criterios objetivos se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para, con dichos resultados, designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

A su vez en sentencia **C-040 de 1995**, la Corte Constitucional explicó las etapas que conforman los concursos públicos para proveer empleos de carrera, enfatizando que debe adelantarse con apego a la buena fe y a los derechos de igualdad y debido proceso y que luego de agotadas las fases del concurso clasifica a los concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, con el cual expide un acto de contenido particular que a pesar de su naturaleza plural en cuanto integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforma, por lo que la Corte Constitucional ha señalado que estas no pueden ser desconocidas por ninguna autoridad a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social⁸.

De igual forma, la Corte puntualizó la existencia de una relación connatural entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, *“la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”*⁹

En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió la Ley 909 de 2004¹⁰, entre otras, para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera. El artículo 27 de esta ley definió la carrera administrativa como *“un sistema técnico de*

⁷ Sentencias C-901 de 2008, C-315 de 2007, C-1122 de 2005 y C-349 de 2004, reiterado en la sentencia SU-913 DE 2009

⁸ Sentencia T-180 de 2015

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

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". Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se hará exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad. Dentro de este contexto, el artículo 28 enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran: el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

En la mencionada ley se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente encargado de la administración y vigilancia de las carreras, excepto aquellas que tengan carácter constitucional especial y que esa entidad también es la encargada de realizar los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa.

Así pues, en la Ley 909 de 2004 se establecieron las etapas del proceso de selección o concurso¹¹, en los siguientes términos: La primera de ellas es la **convocatoria**, que debe ser suscrita por la CNSC y por el jefe de la entidad u organismo cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer, y que se convierte en el acto administrativo que regula todo el concurso. La segunda, es **el reclutamiento**, que tiene como objetivo atraer e inscribir a los aspirantes que cumplan con los requisitos para el desempeño del empleo convocado. La tercera, la constituyen las **pruebas**, cuyo fin es identificar la capacidad, aptitud, idoneidad y adecuación de los participantes y establecer una clasificación de candidatos. La cuarta, es la **elaboración de la lista de elegibles**, por estricto orden de mérito, la cual tendrá una vigencia de dos años y con la cual se cubrirán las vacantes. La quinta y última etapa, es el **nombramiento en período de prueba** de la persona que haya sido seleccionada por el concurso.

Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2005, que reguló parcialmente la Ley 909 de 2004. El artículo 7, modificado por el Decreto 1894 de 2012¹², estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el parágrafo 1 de este artículo se dispuso que: *“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*

¹¹ Artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

¹² Este artículo fue derogado y compilado en el artículo 2.2.5.3.2. Decreto 1083 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 498 de 2020.

configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004".

8.5. De la autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa.

La Corte Constitucional en diversa jurisprudencia ha señalado que *“las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”*¹³. De igual manera se ha establecido pacíficamente que las bases del concurso se convierten en reglas particulares de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la entidad convocante, razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables y cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa¹⁴

De otro lado, es posible que el legislador o la misma entidad convocante, permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos.

Así lo ha entendido la Corte constitucional en distintos fallos, entre los que esta la **sentencia C-319 de 2010**, en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, determinando la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demandada entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador; acogiendo el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque **(i)** de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; **y (ii)** en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.

¹³ Corte Constitucional sentencia SU-913 de 2009.

¹⁴ Ver entre otras, sentencias T- 256 de 1995, SU-446 de 2011 y T-256 de 2008

Por otro lado, en sentencia **SU446 de 2011**, la Corte Constitucional adopta una posición distinta al estudiar la utilización de las listas de elegibles en el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, producto de las múltiples tutelas que se habían interpuesto por la utilización de las listas que se generaron con los concursos realizados en el año 2007 por dicha entidad, sosteniendo que *"el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria" (...)* *"teniendo en cuenta que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y que a la Administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionarían los derechos y principios propios del Estado Social de Derecho que nos rige"*. Sin embargo, señaló que ello en nada contradecía a la sentencia **C-319 de 2010**, en los siguientes términos:

"...Es importante señalar que lo expresado hasta aquí no contradice ni desconoce lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010 sobre el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, entidad con un régimen especial de carrera. Es cierto que la Fiscalía General de la Nación también tiene un régimen especial de carrera, frente a la cual el legislador no consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en esa oportunidad por esta Sala, razón por la que no se puede afirmar que nos encontremos ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico.

Lo anterior significa 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."

De igual forma el Consejo de Estado se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares, en los siguientes términos¹⁵:

"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

¹⁵ sentencia de 26 de julio de 2018, el expediente 2015-1101 (4970-2015), Sección Segunda

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 elegibles. (...)

Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario. Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad. Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad.

8.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo.

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.

Uno de los cambios consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no sólo 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, con ocasión de la referida modificación, la Corte Constitucional mediante sentencia **T-340 de 2020** definió la aplicación en el tiempo de dicha norma, en el siguiente sentido:

“3.6.3. 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 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 fe¹⁶, 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”¹⁷.

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**”¹⁸. 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”¹⁹. 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

¹⁶ Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁷ Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁸ Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁹ Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004²⁰.

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.

3.6.4. 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 2019, 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"**, entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con

²⁰ 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 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.”

los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”²¹.

3.6.5. 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.”

El anterior precedente, evidencia la exigencia constitucional del uso de las listas de elegibles para cargos no convocados u ofertados inicialmente o creados con posterioridad a la firmeza del registro, en aplicación el principio constitucional del mérito como garantía de acceso a la función pública.

8.7. EXAMEN DE PROCEDENCIA.

8.7.1. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA. El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela puede ser **i)** directamente por la persona afectada o a través de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos; **ii)** por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. Amén de ello, el inciso segundo de esa normatividad instituye un tercer punto, cuando indica que es viable la **agencia oficiosa** cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

Bajo ese orden de ideas, se observa que el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, quien afirma ser vecina del municipio de Sincelejo y ser la directamente afectada con la decisión de la accionadas de no utilizar la lista de elegibles vigentes para la provisión del cargo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 3, de la planta de personal de la Alcaldía de Itagüí. Así, la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO se encuentra legitimada en la causa por activa.

²¹ Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: <https://www.cnscc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>.

8.7.2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. De acuerdo con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede, entre otras, contra la acción u omisión de autoridades públicas²². En este caso, la acción de tutela se impetra contra el Municipio de Itagüí y la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues son autoridades públicas. Por lo demás, respecto del primero, la negativa de nombrar y posesionar a la accionante en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 3, está vinculada con la función de administrar su planta de personal. Ahora bien, respecto de la Comisión, la Sala encuentra que la pretensión de la actora se fundamenta en su posición en la lista de elegibles adoptada en Resolución No. 20192110081025 del 18 de junio de 2019, por lo que, su eventual uso para proveer el cargo, involucra a la referida comisión, quien, por disposición de la Constitución²³ y de la ley²⁴, es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer estos cargos, con lo que, podría eventualmente verse afectada con una hipotética orden y por ello era necesaria su vinculación.

Ahora bien, la Sala observa que el juez de primera instancia mediante auto de obedecer y cumplir de data 4 de diciembre de 2020, ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que notificara la presente acción de tutela a cada una de las personas que conforman la lista de elegibles contenida en la Resolución 20192110081025 del 18-06-2019, OPEC 34599, correspondiente al empleo Profesional Universitario, Código 210, Grado 3, del sistema general de carrera del Municipio de Itagüí. Para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa si lo estiman conveniente y necesario. Del mismo modo, ordenó al Municipio de Itagüí, que notificara la tutela a todos los empleados que ocupan en provisionalidad los cargos de Profesional Universitario, Código 210, Grado 3, para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa si lo estiman conveniente y necesario.

²² Artículo 5 del Decreto 2191 de 1991: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante y procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”

²³ “**Artículo 130.** Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

²⁴ Ley 909 de 2004. “**Artículo 70. Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil.** La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. (...)” y “**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.”

Ajuicio de esta Sala, con dicha decisión, el juez integró debidamente el contradictorio, comoquiera que, el municipio accionado notificó a la señora JOHANNA MARÍA RESTREPO NUÑEZ²⁵, quien ocupa en provisionalidad el cargo de Profesional Universitario, Código 210, Grado 3, al interior de la planta de la alcaldía de Itagüí, al cual espira ser nombrada la accionante, ante una eventual decisión favorable a sus pretensiones, sin embargo, esta no realizó intervención alguna.

Por último, se observa que la CNSC no aportó prueba de comunicar la presente acción de tutela a los demás integrantes de la lista de elegibles adoptada en la resolución del 18 de junio de 2019. En este caso, no se evidencia que la ausencia de tal elemento de convicción tenga alguna incidencia respecto de la debida integración del contradictorio, en aplicación al precedente de la Corte en el que se ha considerado necesaria la vinculación de todas las personas de una lista de elegibles, cuando su posición original en ella *“cambiaría por la modificación eventual de un criterio para fijar dicho orden”*²⁶, circunstancia que en esta oportunidad no es objeto de controversia; por tanto, en principio no existe un interés legítimo del resto de integrantes de la lista, que exija su notificación en el proceso²⁷, en razón a la ubicación en el registro de elegibles de la accionante y el sentido de sus pretensiones.

8.7.3. INMEDIATEZ: De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a pesar de no existir un término de caducidad para acudir a la acción de tutela, ésta debe presentarse en un lapso prudente y razonable después de ocurrir los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. De este modo, ha dicho este Tribunal que esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese contexto, la Corte ha reiterado que, por un lado, *“(...) el requisito de la inmediatez no implica la imposición de un plazo inflexible y que el juicio sobre la oportunidad en la interposición de la acción debe hacerse en concreto, a la luz de las circunstancias de cada caso”*²⁸ y por el otro, *“(...) pueden existir razones que expliquen la demora en acudir al amparo, caso en el cual no cabe acudir al principio de la inmediatez para declarar la improcedencia de la tutela”*²⁹

Igualmente, en la sentencia **T-037 de 2013** ha señaló que la solicitud de amparo es procedente, cuando transcurrido un tiempo considerable entre la situación que dio origen a la afectación alegada y la presentación de la acción, sean analizadas las

²⁵ 70001333300520200016000_ACT_CONTESTACION_14-12-2020 10.45-33 a.m.

²⁶ Auto 193 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

²⁷ Auto 049 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterado en el Auto 487 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁸ Ver sentencia T-055 de 2008

²⁹ Ibídem

condiciones específicas del caso concreto, es decir, la valoración del requisito de inmediatez se vuelve menos estricto bajo las siguientes circunstancias:

“(i) La existencia de razones que justifiquen la inactividad del actor en la interposición de la acción. (ii) La permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, esto es, que como consecuencia de la afectación de sus derechos, su situación desfavorable continúa y es actual. (iii) La carga de la interposición de la acción de tutela resulta desproporcionada, dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.

En el caso concreto, se observa que se cumple con el citado requisito, en tanto la última respuesta del Municipio de Itagüí respecto de la solicitud de nombramiento y posesión de la actora en el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 03, en la planta de personal de dicho ente data del 7 de septiembre de 2020 y la acción de tutela se presentó inicialmente el 6 de octubre del mismo año, es decir, que transcurrió menos de un mes entre ellas, tiempo que, a juicio de la Sala, es razonable.

8.7.4. SUBSIDIARIEDAD: Conforme al artículo 86 de la Carta y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo en tres escenarios: *(i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.* El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: *“el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias”* al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia³⁰. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

³⁰ Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T- 610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera, sostuvo que: *“el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar*

Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

Empero, también ha sido clara en considerar la falta de idoneidad del medio de control ante la jurisdicción contencioso administrativa para la protección integral de los derechos a la igualdad, debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos. Sobre el particular, en la sentencia **SU-613 de 2002** la Corte Constitucional expuso lo siguiente:

“(...) Existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

En el mismo sentido axiológico, la H. Corte Constitucional reflexionó lo siguiente en la sentencia **SU-913 de 2009**:

“Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”[25], en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.

5.2 Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que

el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho.”

requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”.

En igual sentido, en sentencia **T-160 de 2018**, frente la procedencia excepcional de la acción de tutela en el concurso de méritos señalo lo siguiente:

(...)

Esta Sala de revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial, para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas lesionan sus derechos fundamentales”

En Sentencia **T-059 de 2019**³¹, en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

“Las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. (...)”

“Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que **(i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley.** En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que[.] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (...)”

“Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra 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.” Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del

³¹ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (...)”³².

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia **T-059 de 2019**³³.

En este contexto, es claro para el Tribunal, contrario a lo sostenido por el *A quo*, que la acción de tutela se torna procedente como mecanismo principal de protección a los derechos fundamentales invocados por la accionante; en primer lugar, porque la accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles contenida en la Resolución N° CNSC-20192119981025 del 18 de junio de 2019, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria, por lo que, al haberse generado nuevas vacantes definitivas frente a un cargo equivalente para el cual concursó, aparece la disputa que es objeto de la presente acción de amparo, consistente en determinar si es dable el nombramiento en provisionalidad en dicho cargo, o si, por el contrario, debía el municipio de Itagüí hacer uso de la lista de elegibles vigentes en el orden y conforme al mérito demostrado, por parte de las personas que concursaron para acceder a la función pública.

En segundo término, porque el mecanismo ordinario ante lo contencioso administrativo no siempre es eficaz y en este caso en particular, se tiene que, la vigencia de la lista de elegibles se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 5 de julio de 2019, la posibilidad de utilizarla se extiende hasta máximo el 5 del mismo mes **pero del año 2021**; luego entonces, al encontrarnos en el mes de febrero de 2021, estima esta colegiatura que prontamente perderá vigencia dicho registro, por lo que dicha situación se encuadra en una de las sub-reglas jurisprudenciales de procedencia; adicionalmente, la accionante no está cuestionando la conformación y/o vigencia del registro de elegibles, sino su materialización por parte del Estado como corolario de un derecho fundamental, el

³² Énfasis por fuera del texto original.

³³ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

acceso a cargos públicos por mérito, de suerte que someterla al inicio de una acción ordinaria de naturaleza legal e indemnizatoria, sería alargar más un debate de naturaleza evidentemente constitucional; con la consecuencia, de 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, la accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Hecho que, no garantiza la eficacia del derecho fundamental de acceso a cargos públicos (Art 125 C.P.) y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 Superior³⁴.

Además de las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante tampoco se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo; por cuanto se itera, no se cuestiona la vigencia y/o conformación del registro de elegibles, en el que ella en este momento se encuentra en primer lugar, sino la negativa de su nombramiento y en la hipotética suspensión provisional de dicho acto administrativo, aquello tampoco le garantiza el acceso a cargos públicos por mérito que es el debate constitucional propuesto, con el agravante que el registro habrá vencido.

Por los argumentos expuestos, se encuentra superado el principio de subsidiariedad en el presente asunto, al advertirse la falta de idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo, incluida la acción de cumplimiento, pues según el artículo 9° de la Ley 393 de 1997, aquella no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela, lo que amerita su examen a través de la presente acción constitucional, como medio principal de protección de los derechos invocados

9. CASO CONCRETO. Solicita la accionante el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, efecto útil de las listas de elegibles, igualdad de acceso al desempeño de funciones públicas y cargos del estado, al trabajo, confianza legítima, buena fe, carrera administrativa, respeto al mérito, presuntamente vulnerados por la Alcaldía de Itagüí y la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC, al no dar aplicación al criterio unificado para el uso de las listas de elegibles vigentes y a la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia, pretende que se proceda a su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario, Código 210, Grado 3, teniendo en cuenta que se encuentra en primer lugar y en espera.

³⁴ 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.

La Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC–, en su informe manifestó que la tutela no es idónea para cuestionar la legalidad de actos administrativos, toda vez que se disponen de otros medios o recursos de defensa judicial. Indicó también que, la actora concursó en la Convocatoria 429 de 2016 - ANTIOQUIA, para el empleo, identificado con el código OPEC No. 34599, denominado Profesional Universitario, grado 3, quien agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 3, en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC – 20192110081025 del 18 de junio de 2019, para proveer dos (2) vacantes, la cual fue remitida al municipio para que se procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito, es decir la primera posición. Preciso que, para el empleo en mención se ofertaron únicamente dos (2) vacantes y como la accionante ocupó la posición No. 3, es decir una (1) vacante por encima de los primeros lugares, no era posible que se realizara su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo.

Tocante a la procedencia del uso de la lista de elegibles, señaló que para que se dé el uso de listas se deben presentar dos situaciones:

i) Una primera situación es que, cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria no acepta el nombramiento en período de prueba o no se pronuncia, es deber de la entidad expedir el acto administrativo de derogatoria, caso contrario cuando el elegible ya ha tomado posesión del empleo y renuncia se expide el acto administrativo de aceptación de renuncia, caso en el cual el «uso de listas es automático», y en este evento, la entidad respectiva se encuentra autorizada para hacer uso en estricto orden de méritos de las listas de elegibles durante la vigencia de la lista de elegibles según lo dispone el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, ello, de conformidad con el artículo 2.2.5.1.12 del Decreto 648 de 2017. Y la ii) segunda ocurre cuando se presente la renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el período de prueba, o cuando la entidad crea nuevos cargos, durante la vigencia de las listas de elegibles.

En este último evento, la entidad debe solicitar autorización para hacer «**uso de la lista con cobro**», de conformidad con lo determinado en el inciso 4° del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, donde establece que las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por esa Comisión, deberán sufragar los costos determinados, para lo cual se expidió la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, donde se estableció la tarifa para el uso de las listas de elegibles para las entidades pertenecientes al sistema general de carrera administrativa, la cual asciende a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden nacional y medio salario mínimo legal mensual vigente para entidades del

orden territorial, por cada vacante a ser provista. Y en el caso que se presenten vacantes por la creación de nuevos cargos por parte de la entidad, previo a realizar la solicitud de uso de listas con cobro, la entidad nominadora deberá reportarlas en el aplicativo SIMO de conformidad con el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y la circular externa 0001 de 2020, expedidos por esta Comisión Nacional, para que sean provistos con la lista de elegible que se encuentren vigentes.

A su turno, el MUNICIPIO DE ITAGÜÍ, rindió informe manifestando que no se ha desconocido la lista de elegibles, puesto que, conforme a los actos administrativos de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la señora Hernández Coronado ocupó el tercer lugar de la lista de elegibles para la OPEC 34599, cargo que ofertó dos vacantes, siendo ocupados por los primeros de la lista. Precizando que, frente a la OPEC 34599 no hay empleos para proveer.

En cuanto al principio de retrospectividad de la ley, señaló que la lista de elegible para la precitada OPEC es una situación jurídica consolidada, conformada por la CNSC, donde se establecen los nombres, lugares que ocuparon cada uno de los aspirantes y también se estableció su vigencia, de allí que, no puede alegarse que es un acto administrativo que está en construcción, ni que es una situación de hecho.

El juez de primera instancia, sin adentrarse en el estudio del precedente **T-340 de 2020**³⁵ citado en la providencia que anuló la actuación por irregularidades en la vinculación del contradictorio, declaró la improcedencia de la acción, al considerar que la accionante contaba otros mecanismos de defensa; esto es, los medios de control nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de cumplimiento, para cuestionar dichos actos. Aunado a ello, sostuvo que la peticionaria no logró probar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que desplace los mecanismos ordinarios de defensa, ello comoquiera que el argumento que esgrimió fue la vigencia de la lista de elegibles contenida en la Resolución 20192110081025 del 18-06-2019, cuando lo cierto es que, la lista tendría validez hasta el 5 de julio de 2021.

Conforme lo anterior, queda claro que, la pretensión de la actora gira entorno a la utilización del registro de elegibles adoptado en la Resolución No. 20192110081025 expedida el 18 de junio de 2019; específicamente, en la aplicación de la Ley 1960 de 2019, para hacer uso de la lista vigentes precitada, para proveer el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 3, vacante en la planta de personal del Municipio de Itagüí

³⁵ Sentencia T-340 de 2020.

Revisadas las pruebas que militan en el expediente, se encuentra demostrado hasta este momento que, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- mediante la Resolución No. 20192110081025 del 18-06-2019, conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer Dos (2) vacantes del empleo de carrera identificado con el código **OPEC No.34599**, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 3, del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Itagüí, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, ocupando la accionante el tercer lugar, con un puntaje de 68.85, tal como se relaciona a continuación (ad litteram):

Posición	Tipo doc	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	98531744	JOSE ARJEDI	ATEHORTUA OSSA	72.33
2	CC	32298950	LIANA CAROLINA	OROZCO DIOSA	72.29
3	CC	1102848129	DIANA MARGARITA	HERNANDEZ CORONADO	68.85
4	CC	1013616893	DIANA MARCELA	MEZA CALDERÓN	65.70
5	CC	1022096594	LUISA MARIA	BUSTAMANTE MURIEL	65.38
6	CC	1037596455	DAVID	MEJÍA MONTOYA	61.54

De la respuesta al derecho de petición **emanado del Municipio de Itagüí** de data 7 de septiembre de 2020, se relacionan los cargos de la planta de empleos de carrera administrativa con denominación de Profesional Universitario, Código 219, Grado 03, de conformidad con el Decreto 329 de 2020, con asignación básica mensual de \$4.788.342 y se encuentran de la siguiente forma:

DENOMINACION	CÓDIGO	GRADO	NATURALEZA	SITUACIÓN	SECRETARÍA	FECHA DE INGRESO	OBSERVACION
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARIA DE EDUCACIÓN	23/11/2011	Decreto N° 559 de 14/06/2011
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARIA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	5/08/2019	Decreto N° 800 de 22/07/2019 OPEC 34594
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARIA DE HACIENDA	13/08/2019	Decreto N° 880 de 22/07/2019 OPEC 34599

DENOMINACION	CÓDIGO	GRADO	NATURALEZA	SITUACIÓN	SECRETARÍA	FECHA DE INGRESO	OBSERVACION
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARIA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	3/12/2019	Decreto N° 846 de 22/07/2019 OPEC 34606
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARIA DE HACIENDA	17/12/2019	Decreto N° 881 de 22/07/2019 OPEC 34599
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARIA DE GOBIERNO	3/09/2019	Decreto N° 864 de 22/07/2019 OPEC 34596
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN	10/09/2019	Decreto N° 839 de 22/7/2019 OPEC 34602
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN	17/06/2011	Decreto N° 533 de 8/06/2011
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARIA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	17/02/1993	Decreto N° 51 de 9/02/1993
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN	8/01/2020	Decreto N° 867 de 22/07/2019 OPEC 34593
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARIA DE MOVILIDAD	VACANTE	Vacante desde 01/09/2020
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	PROVISIONALIDAD	SECRETARIA DE HACIENDA	4/02/2019	Decreto N° 39 del 24/01/2019 En Vacancia Definitiva Luego de la Convocatoria 429 DE 2016

PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	ENCARGO	SECRETARÍA DE MOVILIDAD	18/09/2013	Decreto 1044 18/09/2013 OPEC 34604, quedo desierto en la Convocatoria 429 DE 2016
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE GOBIERNO	16/03/1995	Decreto N° 290 de 16/03/1995
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARÍA DE MOVILIDAD	VACANTE	Vacante desde 24/02/2020
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARÍA DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL	VACANTE	Vacante desde 16/04/2020
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	6/08/2019	Decreto N° 787 de 22/07/2019 OPEC 34608

Lo anterior evidencia que, de la **OPEC 34599³⁶**, misma para la cual participó la accionante, fueron nombrados en carrera administrativa dos empleos en la Secretaría de Hacienda del Municipio de Itagüí.

Igualmente se constata que, para el mismo cargo y denominación, esto es, Profesional Universitario, Código 219, grado 3, hay otras OPEC, tales como, la 34594; 34606³⁷; 34596³⁸; 34602³⁹; 34593⁴⁰; 34604⁴¹ y 34608⁴².

De otra parte, de la atenta lectura de la aludida respuesta del ente territorial, se evidencia que el Municipio relaciona un total de **cinco** (5) empleos vacantes de carrera administrativa originados con posterioridad al concurso de méritos 429 de 2016 con la denominación Profesional Universitario, Código 219, Grado 03 y en principio, no se advierte que las vacantes reseñadas correspondan a una de las diferentes OPEC ofertadas inicialmente en la Convocatoria N° 429 de 2016 – ANTIOQUIA; precitada, precisamente por la fecha en que se generaron, así:

³⁶ **OPEC 34599 - Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines**, Administración, Contaduría Pública, Economía. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional. – **Dependencia:** Secretaría de Hacienda

³⁷ OPEC 34606 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines**, Administración, Ingeniería Administrativa y Afines, Ingeniería Industrial y Afines. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional. – **Dependencia:** Secretaría de Servicios Administrativos.

³⁸ OPEC 34596 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines**. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional – **Dependencia:** Secretaria de Gobierno - Cantidad: 1

³⁹ OPEC 34602 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines**. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional - **Dependencia:** DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION - Cantidad: 1

⁴⁰ OPEC 34593 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: Comunicación Social, Periodismo y Afines, **Derecho y Afines**, Administración, Contaduría Pública, Economía, Arquitectura y Afines, Ingeniería Administrativa y Afines, Ingeniería Industrial. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley - **Dependencia:** DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION.

⁴¹ OPEC 34604 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines**. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional - **Dependencia:** Secretaría de movilidad

⁴² OPEC 34608 - **Estudio:** Estudio: Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines**, Administración, Ingeniería Administrativa y Afines, Ingeniería Industrial y Afines. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional - **Dependencia:** Secretaría de movilidad

CÓDIGO	GRADO	NATURALEZA	SITUACIÓN	SECRETARÍA
219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARIA DE MOVILIDAD – vacante desde el 1/09/2020
219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARIA DE MOVILIDAD - vacante desde el 24/02/2020
219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARIA DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL- vacante desde el 16/04/2020
219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE Encargo	SECRETARIA DE MOVILIDAD – Decreto 1044 del 18/09/ Desierto en la convocatoria
219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE Provisionalidad	SECRETARIA DE HACIENDA – Decreto 39 del 24/01/ de 2019 - en vacancia definitiva luego de la convocatoria

Delimitado lo anterior, se centra este Tribunal en analizar si, en el presente asunto, es procedente dar aplicación a la ley 1960 de 2019.

Inicialmente, conviene precisar que, la regla aplicable al caso en vigencia del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que establecía que las listas de elegibles vigentes sólo serían usadas para cubrir las vacantes inicialmente ofertadas⁴³ y la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, establecía en que sólo se podía hacer uso de la lista de elegibles para proveer los cargos inicialmente ofertados, como en efecto se hizo. Aunado, el párrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, que compiló el Decreto 1227 de 2005, antes de ser modificado por el Decreto 498 de 2020⁴⁴, reafirmaba la limitante de proveer vacancias definitivas de cargos no convocados. De forma que, una nueva vacante no convocada debería ser ocupada mediante la figura de encargo o de provisionalidad, mientras se adelantaba un nuevo concurso de méritos. Tal como en efecto ocurrió en el sub examine.

Ahora bien, en razón al el cambio normativo (Ley 1960) y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la sentencia **T-340 de 2020**⁴⁵ en torno al uso de las listas de elegibles vigentes a cargos equivalentes no ofertados, no es posible aplicar el precedente de la Corte antes citado en el *sub-examine*, bajo el entendido que, en el nuevo escenario y contexto, de acuerdo con la regulación consagrada en la Ley 1960 del 2019, resultaba obligatorio utilizar la lista de elegibles vigentes para proveer las

⁴³ Ley 909 de 2004. “**Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso.** El proceso de selección comprende: (...) 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.”

⁴⁴ La modificación contenida en ese decreto, artículo 1, establece el uso de las listas de elegibles “para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.”

⁴⁵ Sentencia T-340 de 2020.

vacantes equivalentes, que para el caso sería del cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 3, del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Itagüí, pues así lo indica la Corte Constitucional en su precedente, incluyendo específicamente la hipótesis que se alega por la actora, pues estableció que *“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”*; dicha tesis, garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública, lo cual resulta claramente concordante con la reclamación realizada por la actora.

No debe olvidarse que el concurso de méritos es un proceso con varias fases, siendo la última (y una de las principales por ser su objeto), la de que con la lista de elegibles *“y en estricto orden de méritos 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 de concurso en la misma Entidad”*, siendo ésta precisamente la modificación introducida al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 *“Etapas del proceso de selección o concurso”* por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

En esa medida, no puede considerarse que la emisión de la lista de elegibles inmoviliza el concurso; dado que, la lista continúa proyectándose en el tiempo, y mientras el registro conserve su vigencia, como es aquí el caso, sigue desplegando efectos jurídicos. Así las cosas, al no haber una situación jurídica consolidada en palabras de la Corte Constitucional, no puede afirmarse por ende que la Ley 1960 no puede aplicarse, pues tal entendimiento iría en contravía del precedente último ya reseñado y transcrito, en donde ha aceptado la aplicación retrospectiva de la precitada ley a las convocatorias que se desarrollaron en vigencia de la Ley 909 de 2004, pero cuya lista se conformó con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley y/o se encontraban vigentes a esa fecha⁴⁶, interpretación que garantiza el principio constitucional de la carrera administrativa consignado en el artículo 125 Superior, que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

Específicamente sobre la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, la Corte Constitucional en sentencia **T-340 de 2020**, sostuvo:

“Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar

⁴⁶ 27 de junio de 2019

en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.

De hecho, en este punto debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”. En este punto no sobra recordar que el pronunciamiento de dicha autoridad goza de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. art. 130).

3.7.4 En el caso concreto del accionante, la Corte considera que hay lugar a aplicar retrospectivamente el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, a aplicar directamente la lista de elegibles, por las siguientes razones:

- i. El 3 de julio de 2019, fecha en la cual el Tribunal Administrativo de Santander profirió la sentencia de segunda instancia, ya se había expedido la Ley 1960 del año en cita.*
- ii. En esa misma fecha la lista de elegibles continuaba vigente, comoquiera que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, es decir, venció el 30 de julio de 2020.*
- iii. De conformidad con la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, en la cual la CNSC adoptó la lista de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal San Gil, regional Santander, el accionante era el siguiente en el orden, luego de haberse producido el nombramiento de las dos vacantes convocadas inicialmente.*
- iv. El cargo en el que solicita ser nombrado el señor Ángel Porras se encontraba en vacancia definitiva y estaba provisto en encargo, tal como lo reconoce el ICBF en la contestación de la acción de tutela.*
- v. El referido cargo tiene la misma denominación, grado, código y asignación básica, además de presentarse en el centro zonal de San Gil, regional Santander, hecho que no fue controvertido por las partes durante el trámite de la acción de tutela.*

Ante este panorama, cabe aclarar que el uso de la lista de elegibles por parte del juez de tutela, con fundamento en estas excepcionales razones, no obsta para que el ICBF adelante los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar su uso. Por otro lado, también advierte la Sala que, para el momento en que se cumplió con la orden de nombramiento en período de prueba del accionante (2 de septiembre de 2019⁴⁷), la Comisión Nacional del Servicio Civil no había dictado los lineamientos para la provisión de forma definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa mediante concursos de ascenso, como lo ordena la Ley 1960 de 2019, por lo que se entiende que la vacante en la que fue nombrado el accionante estaba disponible para proveer.”

⁴⁷ Según lo informó el ICBF en el escrito mediante el cual solicitó la revisión del expediente, el nombramiento y posesión del accionante se hizo efectivo en Resolución 7554 del 2 de septiembre de 2019.

En ese entendido y dando aplicación al último precedente de nuestro Tribunal Constitucional, no cabe duda para esta Sala que, conforme al orden establecido en la lista de elegibles vigente y ante la existencia de vacantes definitivas con la misma denominación y código, para el cargo al cual concursó, ocupados en este momento en provisionalidad, que la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO tiene derecho a que le sea aplicada la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia, el Municipio de Itagüí debe utilizar las listas de elegibles vigentes para proveerlos si se encuentra que son equivalentes funcionalmente, de conformidad con las siguientes razones de hecho y de derecho:

- i) La lista de elegibles (resolución No. CNSC-20192110081025 del 18 de junio de 2019, quedó en firme con posterioridad a la expedición de *la Ley 1960 de 2019, esto es, el 5 de julio de 2019*
- ii) *El registro de elegibles continua vigente y produciendo efectos*
- iii) *De conformidad con la Resolución No. CNSC-20192110081025 del 18 de junio de 2019, en la cual la CNSC adoptó la lista de elegibles para el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 3, del sistema general de la Alcaldía de Itagüí, ofertado a través de la convocatoria No. 429 de 2016, la accionante ocupó el tercer lugar, hoy primero en la lista, luego de haberse producido el nombramiento de las dos vacantes convocadas inicialmente*
- iv) *Existente actualmente en la Alcaldía de Itagüí cargos que tiene la misma denominación, grado, código y asignación básica, en vacancia definitiva, los cuales, según el informe rendido por el ente accionado en esta acción de tutela, se encuentran ocupados en provisionalidad; especialmente aquel ubicado en la SECRETARIA DE HACIENDA – Decreto 39 del 24/01/ de 2019 - en vacancia definitiva luego de la convocatoria.*
- v) *La Corte consideró en su precedente, que hay lugar a aplicar retrospectivamente el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, a utilizar directamente la lista de elegibles, pues 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.*

Por lo antepuesto, a juicio de esta Sala, si bien es cierto el código OPEC es un dato indicador, lo que define jurídicamente al empleo o cargo público aparte del perfil

profesional, código y grado, **son especialmente sus funciones (Art 122 C.P.)**⁴⁸; es decir, no basta con expresar que no hay vacantes en tal registro, sino que es necesario establecer si existen otros cargos con idénticas o similares funciones a los que pueda acceder quien concursó y se encuentra en una lista de elegibles vigente; lo anterior, para materializar los principios constitucionales del Mérito (Art 125 C.P.) y de la función administrativa (Art 209 C.P.), que cumplen una función bisagra y articuladora de variados fines valiosos para el ordenamiento constitucional; luego entonces, la negativa expresada a la accionante, evidencia la vulneración a los derechos invocados en la solicitud de amparo, pues dicha actuación no garantiza la primacía de los derechos fundamentales y de la propia Constitución, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar, se tutelaré el derecho fundamental al acceso a los cargos públicos por mérito.

Ahora, dado que el trámite para proveer vacantes, así como el nombramiento de un funcionario en carrera es complejo, pues confluyen diversas fases, actividades y autoridades, algunas de las cuales no cuentan con un término legal, esta Colegiatura dará las siguientes órdenes:

ORDENAR que en el plazo de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta decisión, la alcaldía del municipio de Itagüí verifique en su planta global los empleos aquellos que cumplen con funciones equivalentes⁴⁹ para el cargo de profesional universitario para el que concursó DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO; entre otros, aquel ubicado en la SECRETARIA DE HACIENDA – Decreto 39 del 24/01/ d 2019 - en vacancia definitiva luego de la convocatoria, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

De darse tal correspondencia entre cargos, **dentro de los 5 días siguientes** deberá continuar con el proceso meritocrático⁵⁰ de conformidad con las normas que regulan

⁴⁸ **ARTICULO 122.** <Artículo corregido por Aclaración publicada en la Gaceta No. 125> No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (...)

⁴⁹ **ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes.** *Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior*, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

⁵⁰ **CSJ STC8488-2017**

«Meritocracia del latín "meritum, meritus, mereri", que significa, recompensar, ganar, merecer y del griego "kratos" poder, y por consecuencia la forma de gobierno basada en el mérito, estructura una modalidad de discriminación positiva que permite por vía del mérito, de las capacidades y del esfuerzo conquistar cargos, buscando la excelencia en quienes han de actuar como servidores públicos para la comunidad, pero principalmente de quienes deben

el asunto. Dentro del mismo plazo, notificará a la accionante si no se presenta la reseñada correspondencia.

En todo caso, las actuaciones que adelanten el Municipio y la CNSC, globalmente consideradas no podrán tener una duración mayor de 60 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán proceder de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

9.1. Conclusión. Dentro del trámite constitucional se evidenció la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, por parte de la CNSC y de la Alcaldía del municipio de Itagüí, razón por la cual este Tribunal **revocará** la sentencia impugnada y en su lugar ampararán los derechos fundamentales invocados como vulnerados.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral Circuito Sincelejo el 15 de diciembre de 2020, en su lugar, **AMPARAR** los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo y acceso a los cargos públicos por mérito de la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR que en el plazo de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta decisión, la alcaldía del municipio de Itagüí verifique en su planta global los empleos, aquellos que cumplen con funciones equivalentes para el cargo de profesional universitario para el que concursó DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, entre otros, aquel ubicado en la SECRETARIA DE HACIENDA – Decreto 39 del 24/01/ de 2019 - en vacancia definitiva luego de la convocatoria, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015⁵¹, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

ejecutar los cometidos constitucionales y, a su vez, materializar en nombre del Estado, los principios, valores y derechos previstos en la Carta.”

⁵¹ **ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes.** Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

De darse tal correspondencia entre cargos, dentro de los 5 días siguientes a los cinco inicialmente otorgados para realizar el respectivo estudio, deberá continuar con el proceso meritocrático de conformidad con las normas que regulan el asunto. Dentro del mismo plazo, notificará a la accionante si no se presenta la reseñada correspondencia.

En todo caso, las actuaciones que adelanten el Municipio y la CNSC, globalmente consideradas no podrán tener una duración mayor de 60 días y para su cabal realización las Accionadas deberán proceder de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

TERCERO: Notifíquese por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

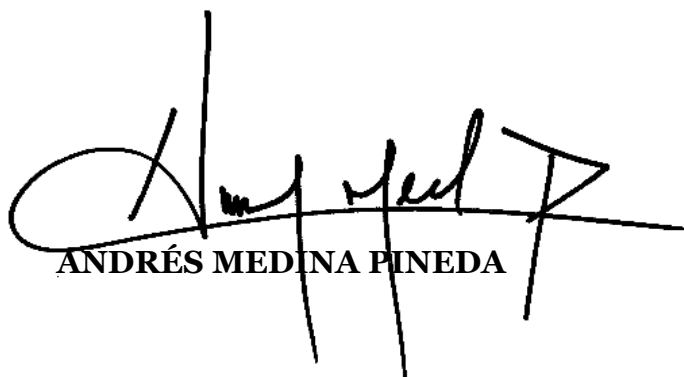
CUARTO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al MUNICIPIO DE ITAGÜÍ, PUBLICAR en sus respectivas páginas *web*, la presente decisión, con el fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión virtual de la fecha

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ANDRÉS MEDINA PINEDA



EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rufó', enclosed within a large, loopy oval stroke.

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY