

Señor (a):

JUEZ CIVIL MUNICIPAL (TURNO)

Ciudad. -

MERCEDES MARIA ARROYO OLIVERA, mayor de edad y vecina de esta ciudad, identificada como aparece al pié de mi correspondiente firma, actuando en nombre propio, por medio del presente escrito a Usted con todo respeto me dirijo, para impetrar ante ese Despacho Judicial **ACCIÓN DE TUTELA**, contra LA **GOBERNACION DEL ATLANTICO**, teniendo en cuenta que con su omisión dicha entidad ha vulnerado los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa, debido proceso, derecho de petición y confianza legítima conforme a los siguientes:

H E C H O S:

PRIMERO: La **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC**, a través del Acuerdo N.º CNSC -20191000008636 del 20 de agosto de 2019, estableció las reglas del concurso abierto de méritos y convoca para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la **GOBERNACION DEL ATLANTICO**, Proceso de selección N.º 1344 de 2019, Territorial 2019 – II.

SEGUNDO: Que la accionante se inscribió en la oferta OPEC identificada con el No. 71597 para el cargo de secretario, código 440, Grado17, en el cual se ofertaron catorce (14) vacantes.

TERCERO: Que, culminadas las etapas del proceso de selección, se expidió por la CNSC la Resolución N.º 9019 del 11 de noviembre de 2021, siendo publicada el 19 de noviembre de 2021, quedando en firme el 29 del mismo mes y hogaño, mediante la cual conformó la lista de elegibles para proveer catorce (14) vacantes.

Cuarto: es de resaltar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.21 del decreto 1083 de 2015, luego de quedar en firme la lista de elegibles, dentro de los diez hábiles siguientes, se debía proceder con el nombramiento en periodo de prueba en el empleo objeto del concurso.

Quinto: dado lo anterior presente derecho de petición el día 27 de diciembre de 2021 por medio del cual solicite

1. Solicito se indique el cronograma establecido para la remisión de comunicaciones, presentación de documentos, aceptación del cargo y toma de posesión del mismo, respecto de las vacantes a proveer para el cargo de secretario código 40, grado 17, para el cual se conformó y adopto la lista de elegibles, mediante resolución No 9019 de fecha 11 de noviembre de 2021, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

2. Solicito se me informe de la lista de elegibles conformada mediante resolución No 9019 de fecha 11 de noviembre de 2021, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuantas personas han aceptado el cargo de secretario código 40, grado 17, expresando su nombre, número de identificación y lugar que ocupa dentro de la lista de elegibles pluricitada.
3. Solicito se me informe de la lista de elegibles conformada mediante resolución No 9019 de fecha 11 de noviembre de 2021, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuantas personas han tomado posesión del cargo de secretario código 40, grado 17, expresando su nombre, número de identificación y lugar que ocupa dentro de la lista de elegibles pluricitada.

Quinto: la anterior petición fue resuelta, parcialmente, mediante comunicación de fecha 21 de enero de 2022, en la cual se informa, entre otras, que se citó para el día 12 de enero de 2020 a audiencia de escogencia de cargos para el empleo denominado SECRETARIO, grado 440, grado 17, identificado con código OPEC No 71597, a las personas que ocupan los primeros 14 puestos dentro de la lista de elegibles para dicho cargo, precisando que a dicha audiencia solo asistieron 11 de los 14 citados, por ello se realizó asignación de plazas a las 3 personas que no asistieron a dicha audiencia, encontrándose la secretaria en estudio de hojas de vida de los elegibles citados a audiencia.

Sexto: Que de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2.5.1.7 del decreto 1083 de 2015, el acto administrativo de nombramiento debió comunicarse al interesado, indicándole que disponía de 10 días hábiles para manifestar su aceptación o rechazo, es decir a las 3 personas que conformaban la lista de elegibles, se encontraban dentro de los primeros 14 puestos y no asistieron a la audiencia celebrada el día 12 de enero de 2022, los cuales relaciono a continuación:

- Puesto No 1 VANESSA DE DIOS BRUN DIAZ
- Puesto No 8 LUIS CARLOS ACUÑA
- Puesto No 14 LILIANA MARCELA DELGADO CASTELLANO

Séptimo: Por escrito de fecha 18 de enero de 2022, la Oficina de Nomina de la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico certifico:

Los siguientes funcionarios fueron nombrados en el cargo de SECRETARIO de la Secretaría de educación, con una asignación básica de: **DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTIDOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$ 2.322.467)**

CINDY BALLESTERO CASTILLO	1129519851
JANNER ANAYA RUIZ	1100544631
RUBEN OSORIO BUELVAS	1140844525
JUANA MARQUEZ SUAREZ	32878412
CINDY LUGO POLO	1045670535
GERDIS MARTIENZ CORREA	72443259
LUISA MORALES RODRIGUEZ	1193536821
CARLOS GONZALEZ ARANA	8703536
DERLY DORIA MARTINEZ	30688195
MARIA MEDINA URIBE	1045739077
ROBINSO IBAÑEZ CONDE	1129542141

Las personas relacionadas anteriormente son aquellos que, en su orden, ocupan los puestos 3, 6, 9, 5, 4, 7, 12, 2, 10, 11 y 13 dentro de la lista de elegibles conformada para la oferta OPEC identificada con el No. 71597 para el cargo de secretario, código 440, Grado17.

Octavo: Vencido el término establecido 2.2.5.1.7 del decreto 1083 de 2015, para aquellos que hacen parte de la lista de elegibles y no asistieron a la celebrada el día 12 de enero de 2022, presente derecho de petición en el cual solicite:

1. Sírvase certificarme cuantas personas que ocuparon los primeros puestos de las 14 vacantes ofertadas del Empleo SECRETARIO Código 440, Grado 17 identificado con el Código de la OPEC No. 71597 ofertadas en el Proceso de Selección No. 1344 de 2019 Territorial 2019- II, **aceptaron** el cargo y fueron legalmente Posesionadas y enviadas a los lugares de trabajo escogidos o asignados (Instituciones Educativas del departamento del Atlántico).
2. Sírvase certificarme cuantas personas que ocuparon los primeros 14 puestos de las vacantes ofertadas del Empleo SECRETARIO Código 440, Grado 17 identificado con el Código de la OPEC No. 71597 ofertadas en la Convocatoria en el Proceso de Selección No. 1344 de 2019 Territorial 2019- II, **NO** aceptaron el cargo y **NO** fueron legalmente Posesionadas.

Noveno: Por comunicación de fecha 03 de febrero de 2022, la Técnico Administrativo de la Planta de Personal Docente y Administrativo dio respuesta al derecho de petición, en los siguientes terminos:

Por medio de la presente le comunicamos, que nos encontramos en etapa de posesión y notificación de nombramiento en periodo de prueba, una vez todo los elegibles se posesionen, se procederá a elevar consulta a la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de que se pronuncie sobre el uso de las listas de elegibles.

Respuesta que no resolvió de fondo lo pedido pues, remembremos que en comunicación de fecha 18 de enero de 2022, es decir, 15 días antes, se informó sobre el nombramiento de 11 de las personas que conformaban la lista de elegibles para la oferta OPEC identificada con el No. 71597 para el cargo de secretario, código 440, Grado17.

Decimo: Por comunicación telefónica establecida con las personas que conforman la lista de elegibles correspondiente a la oferta OPEC identificada con el No. 71597 para el cargo de secretario, código 440, Grado17, se pudo establecer que las tres personas que no asistieron a la audiencia celebrada el día 12 de enero de 2022, no aceptarían el cargo en el cual fueron designados, lo cual se puede corroborar con los documentos facilitados por el señor Luis Carlos Acuña Hernández, en los cuales comunica a la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico, la no Aceptación del Cargo.

Décimo Primero: Corolario de lo anterior, vencido los términos para la aceptación de cargo de que trata el art. 2.2.5.1.7 del decreto 1083 de 2015, sin la correspondiente

aceptación o presentada la renuencia a la aceptación del cargo, como es el caso del señor Luis Carlos Acuña Hernández, lo procedente es la derogatoria del nombramiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral primero del art. 2.2.5.1.12 del decreto 1083 de 2015, debiendo proceder con el nombramiento de quien siga en la lista de elegibles.

Décimo segundo: Como quiera que en la actualidad no se ha dado continuidad al proceso con la derogatoria de los nombramientos realizados a las personas que no asistieron a la audiencia de asignación de plazas celebrada el día 12 de enero de 2022, procediendo a realizar una nueva asignación de plaza y correspondiente nombramiento de las personas que siguen en lista de elegibles, es del caso indicar que dicha omisión vulnera mis derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, debido proceso y confianza legítima por parte de la Gobernación del Atlántico.

PROCEDENCIA

En cuanto a la procedencia de la presente acción de tutela ha expresado la Honorable Corte Constitucional en sentencias tales como la T-340 DE 2020 que:

“(…) 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.

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019^l, 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 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. (...)”.

En el marco específico de las medidas cautelares, la Corte también ha dicho que el juez de tutela tiene la facultad de proteger los derechos fundamentales como objetivo prioritario de acción, y ello lo hace de forma inmediata y con medidas más amplias; y, además, precisó que, aunque se debe revisar dicha herramienta al hacer el estudio de subsidiariedad, lo cierto es que existen importantes diferencias entre la medida cautelar y la acción de tutela, las cuales pueden resumirse así:

“(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.”

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”

De lo anterior tenemos que la presente Acción Constitucional se torna como un medio eficaz para la protección de los derechos sobre los cuales se solicita protección, resultando acertada su procedencia.

3.5. El principio constitucional del mérito como principio rector del acceso al empleo público

3.5.1. El artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. Así, consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Según lo ha explicado esta Corporación, la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que, con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito *“constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando*

fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”.

3.5.2. 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.

Respecto de la función del concurso público como garantía de cumplimiento del mérito, en la Sentencia C-588 de 2009, en la cual se declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008, *“por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”*, esta Corporación afirmó que:

"Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. Así pues, el sistema de concurso ‘como regla general regula el ingreso y el ascenso’ dentro de la carrera y, por ello, ‘el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos’, pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes’.

El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del

aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante."

3.5.3. En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió la Ley 909 de 2004, 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 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 esta 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 concurso, 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 2012, estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el párrafo 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 configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004”*.

3.5.4. En vigencia de estas normas, la Corte se pronunció varias veces sobre el problema jurídico sometido en esta ocasión a consideración de la Sala, esto es, la posibilidad de que una lista de elegibles fuera usada para proveer cargos de vacantes definitivas que no fueron convocadas inicialmente a concurso.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 estableció que una lista de elegibles genera en las personas un derecho de carácter subjetivo a ser nombradas en el cargo para el cual concursaron, cuando este quede vacante o esté siendo desempeñado por un funcionario en encargo o provisionalidad, de manera que la consolidación del derecho *“se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”*, razón por la cual, las listas de elegibles, una vez publicadas y en firme, son inmodificables.

Posteriormente, en la Sentencia SU-446 de 2011 estudió el caso de algunos integrantes de listas de elegibles para ocupar cargos en la Fiscalía General de la Nación, que reclamaban ser nombrados en cargos no convocados inicialmente. En esta decisión se negaron las pretensiones de los accionantes, con fundamento en que el propósito de la lista de elegibles es que se provean las vacantes para los cuales se realizó el concurso, por lo que durante su vigencia solo puede ser usada para ocupar los empleos que queden vacantes en los cargos convocados y no en otros. Al respecto, en la referida sentencia se señaló que:

"Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de

la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso."

Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-654 de 2011, al decidir sobre las pretensiones de una concursante que ocupó un lugar en la lista de elegibles que superaba el número de vacantes convocadas, pero que solicitó su nombramiento en un cargo equivalente que fue creado con posterioridad a la convocatoria.

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

3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley [909](#) de 2004, el Decreto Ley [1567](#) de 1998 y se dictan otras disposiciones"*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad,

con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas “*vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad*”. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

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

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995, que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010 se decidió su exequibilidad. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon

los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

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 fe^[50], 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”*^[51].

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”^[52]. 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*. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

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 el uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *“las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”*¹⁵⁵¹.

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.¹

Por lo anterior, solicito a ese Despacho Judicial concederme las siguientes:

P E T I C I O N E S:

PRIMERA: Tutelar los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa, debido proceso, derecho de petición y confianza legítima, vulnerados por la Gobernación del Atlántico, por las pruebas y los motivos expuestos en la presente Acción de Tutela.

SEGUNDA: ORDÉNESE a la Gobernadora ELSA NOGUERA DE LA ESPRIELLA y o quien haga sus veces al momento de la notificación de la presente sentencia, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a agotar la lista de elegibles para el cargo OPEC identificada con el No. 71597 para el cargo de secretario, código 440, Grado17, de la Gobernación del Atlántico, ofertado a través del proceso de selección 1344 de 2019, territorial 2019 debiendo realizar el nombramiento de los siguientes en la lista de elegibles, teniendo en cuenta que 3 de los 14 nombrados inicialmente no aceptaron el cargo.

PRUEBAS

1º Derecho de petición presentada el día 28 de diciembre del 2021.

2º respuesta del derecho de petición presentado el 28 de diciembre del 2021.

3º certificado de posesión expedido por el área de nómina de la secretaria de educación donde confirman los funcionarios nombrados.

4º Segundo derecho de petición presentado el 01 de febrero del 2022.

5º Respuesta a derecho de petición presentado el 01 de febrero del 2022.

5º carta de no aceptación por parte del Sr Luis Acuña Hernández para el cargo de secretario código 440, Grado17

¹ Sentencia T 340 de 2020 Honorable Corte Constitucional M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez

6º Imagen aportada por el Sr Luis Acuña Hernández donde se evidencia el envío de la carta de no aceptación del cargo a la Secretaria de educación del Atlántico

7º resolución No 9019 de fecha 11 de noviembre de 2021 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Artículo 1, 44 y demás derechos fundamentales enmarcados en la C. N., Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes.

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que no he iniciado otra acción de tutela por los mismos hechos en que se sustenta la presente.

NOTIFICACIONES:

La accionada recibe notificaciones en la Calle 40 No 45 – 46 de esta Ciudad con correo electrónico atencionalciudadano@atlantico.gov.co

La suscrita en la calle 60 No. 33 – 20 Barrio el Recreo de esta Ciudad, con correo electrónico mercedesarroyo_20@hotmail.com y teléfono 3017511594.

Agradeciendo su valiosa atención a la presente solicitud, me suscribo de Usted,

Cordialmente,



MERCEDES MARIA ARROYO OLIVERA

C. C. No. 1.045.689.876. de Barranquilla