

Señores

JUEZ DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA (REPARTO).

E. S. D.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA.

DEMANDANTE: CARLOS RAUL GONZALEZ MOSCOTE.

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC.

VINCULADOS: FUNCIONARIOS DE LA GOBERNACION DEL ATLÁNTICO QUE OCUPAN EL EMPLEO DE "PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7, en calidad de Encargo y de Libre Nombramiento y Remoción".

CARLOS RAUL GONZALEZ MOSCOTE, mayor de edad, con domicilio en [REDACTED] identificado con cedula de ciudadana [REDACTED] permito presentar **ACCIÓN DE TUTELA** contra el **DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO**, representado legalmente por la señora gobernadora, **ELSA MARGARITA NOGUERA DE LA ESPRIELLA** y contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC** por la vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, la posibilidad de acceder a cargos públicos, debido proceso, acceso a la función pública y cualquier otro que se considerase vulnerado por su despacho, en los siguientes términos:

PETICIÓN DE VINCULACIÓN: Solicito a su despacho poner en conocimiento de esta acción de tutela a los FUNCIONARIOS DE LA GOBERNACION DEL ATLÁNTICO QUE OCUPAN EL EMPLEO DE "PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7, en calidad de Encargo y en calidad de Libre Nombramiento y Remoción, con el fin de que aporten al despacho el manual específico de funciones que desarrollan en sus respectivos cargo y se hagan parte por tener interés directo en las resultados de la tutela.

HECHOS:

PRIMERO: Soy padre cabeza de familia, de dos hijos Carlos Gabriel González Ortega de 13 años (en situación de discapacidad psicosocial mental) y Camila González Ortega de 8 años.

SEGUNDO: Concurse para aspirar a ocupar la vacante del empleo denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7, identificado con el Código OPEC No 75331, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, ofertado en el Proceso de Selección 1343 de 2019 - Territorial 2019 – II.

TERCERO: En el mencionado concurso solo se ofertó una vacante, la cual ganó la señora LISBETH YISSEL GNECCO LEYVA identificada con C. [REDACTED] según consta en la lista de elegibles publicada mediante Resolución 11267 del 18 de noviembre de 2021 por la CNSC.

CUARTO: El suscrito ocupó el segundo puesto en el mencionado concurso, según consta en la lista de elegibles publicada mediante RESOLUCIÓN 11267 del 18 de noviembre de 2021 por la CNSC.

QUINTO: En fecha **09 de febrero de 2022** presenté derecho de petición a la Gobernación del Atlántico y a la CNSC, solicitando información sobre los cargos iguales o **equivalentes** al ofertado (PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7) en la planta de personal de la GOBERNACION DEL ATLANTICO que han quedado vacantes después de iniciada la convocatoria del Proceso de Selección 1343 de 2019 - Territorial 2019 – II.

SEXTO: En fecha 8 de marzo de 2022 la Gobernación del Atlántico contesta manifestando que *“Se encuentra nombrado en periodo prueba el elegible que ocupó la primera posición mediante decreto No 521 del 22 de diciembre del 2021, la primera posición de elegible solicito una prórroga de 90 días hábiles para tomar posesión del empleo Profesional Especializado código 222 grado 7 identificado con la OPEC 75331. 3-R/: Se le estará comunicando, cualquier situación que se presente en cuanto al uso de la lista de elegible adoptada en la resolución 11267 del 18 de noviembre del 2021. 4- R/: **En la planta global de la gobernación del atlántico no existe un empleo equivalente al perfil del empleo Profesional Especializado código 222 grado.”***.

SEPTIMO: La CNSC dio respuesta el 31 de mayo de 2022 manifestando en resumen que al ocupar la segunda posición en el concurso **“se podrá proceder a realizar el Estudio Técnico de viabilidad de Uso de listas para empleos equivalentes”**.

OCTAVO: En fecha **22 de marzo de 2022** presenté derecho de petición a la Gobernación del Atlántico solicitando me informaran la cantidad de cargos que existen bajo la denominación PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7, a que dependencia se encuentran asignados y en que situación de carrera se encuentran.

NOVENO: En fecha 2 de mayo de 2022, la Gobernación del Atlántico responde manifestando que *“De los empleos denominados profesional especializado código 222 grado 7, encontramos lo siguiente: En vacancia definitiva (4) cargos que fueron ofertados en la convocatoria Territorial II 2019. En carrera administrativa Cuarenta (40) cargos, de los cuales existen **(4) cargos provistos por encargo**. En provisionalidad son ocho (8) cargos, que fueron ofertados en la convocatoria Territorial II 2019, del cual un (1) cargo en condición de prepensionado reportado en el aplicativo SIMO de la CNSC. En nombramiento de periodo de prueba hay (24) cargos. **De libre nombramiento y remoción son Siete (7) cargos.”***

DECIMO: En fecha **28 de junio de 2022**, presenté derecho de petición a la Gobernación del Atlántico solicitando se procediera a nombrar al suscrito como empleado público en el cargo denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, en lugar de alguno de los cargos que existen de libre nombramiento y remoción o provisto por encargo o en lugar de alguno de los cargos que se haya generado una vacante con esa denominación. Subsidiariamente, solicité se nombre y posea al suscrito como empleado público en un empleo equivalente que pertenezca al mismo nivel jerárquico, tenga grado salarial igual, posea el mismo requisito de experiencia, sea igual o similar en cuanto al propósito principal o funciones.

DECIMOPRIMERO: En fecha 6 de julio de 2022 la Gobernación del Atlántico responde manifestando que *“los cargos de libre nombramiento y remoción, a diferencia de los de carrera, están sometidos a la voluntad del empleador en cuanto a su vinculación, permanencia y retiro. En estos casos, es él quien evalúa las capacidades y la idoneidad de los funcionarios (...) En atención a lo anterior, no es procedente realizar su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional especializado código 222 grado 07 de la OPEC 75331, en uno de los cargos de libre nombramiento y remoción, o provistos por encargos”*.

DECIMOSEGUNDO: En fecha **26 de julio de 2022** presenté derecho de petición a la Gobernación del Atlántico solicitando de suministren el **manual de funciones** de los (4) funcionarios provistos por encargo, de los (7) provistos como libre nombramiento y remoción y (1) como prepensionado en el empleo denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7. Todo con el fin de verificar si hay empleos equivalentes.

DECIMOTERCERO: En fecha 23 de agosto de 2022 la Gobernación del Atlántico responde **evasivamente** manifestando que “Los manuales específicos de funciones y de competencias laborales de todos y cada uno de los empleos que conforman la planta global de la entidad, se encuentran publicados en la respectiva página web de la Gobernación del Departamento del Atlántico “www.atlantico.gov.co” los cuales puede consultar ingresando al link <https://www.atlantico.gov.co/index.php/planta-de-personal>, los cuales son de dominio público y acceso a la ciudadanía que los requiera consultar”.

Igualmente manifiesta que “de los siete (7) cargos que se encuentran en calidad de libre nombramiento y remoción con la denominación Profesional Especializado, Código 222, Grado 07, se encuentran ubicados en el Despacho de la señora Gobernadora, actualmente existen tres (3) cargos que se encuentran en calidad de encargo con la denominación Profesional Especializado, Código 222, Grado 07, los cuales se encuentran ubicados en la Secretaria de salud, Gerencia de capital social y Subsecretaria de Talento Humano”.

Lo cual resume en el siguiente cuadro:

CARGO: PROFESIONAL ESPECIALIZADO, CODIGO 222, GRADO 07	CONDICION EN LA QUE SE ENCUENTRAN PROVISTOS ESTOS CARGOS QUE NO ESTAN EN CARRERA ADMINISTRATIVA SEGÚN RESPUESTA DE LA GOBERNACION DEL ATLANTICO DEL 23 DE AGOSTO DE 2022	
	LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION	EN ENCARGO
DEPENDENCIA: DESPACHO DE LA GOBERNADORA	7	
DEPENDENCIA: SECRETARÍA DE SALUD		1
DEPENDENCIA: GERENCIA DE CAPITAL SOCIAL		1
DEPENDENCIA: SUBSECRETARIA DE TALENTO HUMANO		1

DECIMOCUARTO: Con esta respuesta la Gobernación del Atlántico está impidiendo el acceso claro a la información requerida para poder comparar el roll o perfil de los empleos en cuanto a su equivalencia entre el empleo al que concursé con los que se encuentran en encargo y en libre nombramiento y remoción, toda vez que si nos remitimos al manual de funciones publicado en la web, no especifican si los empleos se encuentran ocupados en encargo o en libre nombramiento y remoción.

DECIMOQUINTO: Tal como se expone, la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO reconoce que existen (7) siete empleados de libre nombramiento y remoción y (4) en encargo en el empleo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 7. Es decir, existen 11 empleados que no adquirieron su estatus por mérito en el mismo cargo en el que yo quedé de segundo en la lista de elegibles.

DECIMOSEXTO: El artículo 125 de la Constitución Política de 1991 indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, siendo esta una regla general que prima en la función pública.

DECIMOSEPTIMO: Los literales A y N del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 señalan:

“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;***

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.”

DÉCIMO OCTAVO: En el presente asunto, se observa que la administración departamental está desvirtuando el concepto de empleo de libre nombramiento y remoción, porque, tal

como se establece en el manual de funciones de la entidad, **el cargo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 7 no hace referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional**; asimismo, no está establecido en el manual de funciones que sea un cargo en el cual es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades.

DECIMONOVENO: Por tal motivo, los siete (7) empleados que ocupan el cargo de profesional especializado, código 222, grado 7 **no deben ser de libre nombramiento y remoción**, sino que **deben ser provistos a través del mérito**.

VIGESIMO: En consonancia, **debe terminarse el encargo en los otros puestos iguales** y aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019 para que ese empleo sea asumido por el suscrito como empleado de carrera administrativa por haber ocupado la segunda posición en la lista de elegibles vigente.

VIGESIMOPRIMERO: Por lo tanto, al existir una prevalencia constitucional del concurso de méritos ante los cargos provistos mediante libre nombramiento y remoción y/o encargo, se hace necesario que el juez de tutela ordene al **DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO** a que dé aplicación al derecho fundamental a la igualdad, al trabajo, debido proceso, a la posibilidad de acceder a cargos públicos, acceso a la función pública y al principio constitucional de la carrera administrativa fundada en el mérito y, en consecuencia, realice el retiro del servicio de quien se encuentra empleado en libre nombramiento y remoción y/o encargo en el cargo de profesional especializado, código 222, grado 7, y, por lo tanto, me sea nombrado en carrera administrativa en el referido cargo.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS:

Se vulneran mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, acceso a la función pública y a la posibilidad de acceder a cargos públicos.

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y reglamentada en los decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017. Para su procedencia, la jurisprudencia constitucional ha establecido como requisitos de procedibilidad la subsidiariedad y la inmediatez.

RESPECTO A LA SUBSIDIARIEDAD:

La Corte Constitucional ha establecido que:

“El carácter subsidiario y residual, significa entonces que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir” (Sentencia T-022/17¹).

Se cumple con el carácter subsidiario de la tutela por:

- Vía indirecta para obtener la protección constitucional de los derechos fundamentales de los hijos menores en condición de discapacidad, como lo es el caso de mi hijo CARLOS GABRIEL GONZALEZ ORTEGA quien es diagnosticado con DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL MENTAL SINDROME DEL ESPECTRO AUTISTA.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-022/17. Expediente T-5.719.398. Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

- Igualmente porque en este caso concreto el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho no sería el medio de defensa judicial mas expedito teniendo en cuenta la duración de esta clase de procesos toda vez que la lista de elegibles en este caso tiene vigencia hasta el **18 de noviembre de 2023**.

Con respecto al carácter subsidiario, este también se cumple porque, la lista de elegibles del concurso en el que participé tiene vigencia hasta el día 18 de noviembre de 2023. Esto en concordancia con el artículo 31 del Acuerdo No. CNSC 20191000008636 del 20 de agosto de 2019.

En consecuencia, no existe otro mecanismo judicial distinto a la tutela para salvaguardar mis derechos, toda vez que faltan un año y dos meses para que pierda vigencia la lista de elegibles, por lo que un proceso ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa demoraría años y cuando exista una eventual sentencia ejecutoriada ya la lista habrá perdido su vigencia.

RESPECTO A LA INMEDIATEZ:

Desde el 9 de febrero de 2022 mediante derechos de petición a la Gobernación del Atlántico, se inició la gestión de recopilar pruebas, para solicitar el nombramiento en fecha 28 de junio de 2022.

La Corte ha establecido que:

“La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, presupuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que la acción de tutela brinda a los derechos de las personas, ello necesariamente conlleva que su ejercicio deba ser oportuno y razonable”

(...) será el juez de tutela el encargado de ponderar y establecer, a la luz del caso concreto, si la acción se promovió dentro de un lapso prudencial” (Sentencia T-022/17).

Asimismo, en sentencias **T-1048 de 2010²** y **T- 290 de 2011³** la Corte Constitucional ha establecido que **no existe un término de caducidad para interponer la acción de tutela** y que puede ser presentada **en el marco temporal de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos.**

En el presente asunto, **encontramos probado el requisito de inmediatez, porque la petición en que la autoridad demandada negó la solicitud del suscrito de ser provisto en el mencionado cargo en la administración es de fecha del 06 de julio de 2022.** No obstante, a fin de que aclarara la información, presenté otra petición, la cual vino a ser respondida el **23 de agosto de 2022**, tal como se establece en su oficio de respuesta, por lo que es claro que esta acción de tutela presentada en septiembre de 2022 cumple con el requisito de inmediatez.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1048/10. Expedientes T-2.719.869 y T- 2.735.011. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-290/11. Expediente T-2.827.499. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Por otro lado, en lo relacionado con los trámites administrativos, el suscrito agotó todas las fases posibles a través de derechos de petición, pero la autoridad accionada se mantuvo en la vulneración de mis derechos.

En consecuencia, al no existir otro mecanismo judicial y por presentarse esta acción de tutela dentro de un término razonable de tiempo, resulta procedente su admisión y se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiaridad, por lo que tiene derecho el tutelante a que se entre a estudiar de fondo el caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La actuación de la entidad demandada viola mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, acceso a la función pública y a la posibilidad de acceder a cargos públicos, porque, pese a la existencia de una normatividad y jurisprudencia que lo permite y exige obligatoriamente, le da preferencia en el acceso al cargo a personas que acceden al empleo a través del encargo y el libre nombramiento y remoción, y no por medio del concurso de méritos.

La meritocracia tiene como objetivo fundamental la profesionalización de quienes sirven en la Administración Pública, con el fin de lograr transparencia y calidad en la atención a los ciudadanos. Este postulado se consagra en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991, que indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. En consonancia, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, indican

*“ARTÍCULO 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, **el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito**, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”* (negritas y subrayas del suscrito)

En relación a los principios que orientan el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, el artículo 28 de la Ley 909 de 2004 señala, entre varios, al mérito y a la libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Revisada la norma que regula el ingreso a la carrera administrativa establece que es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública, ofreciendo estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público, además tiene unos principios en los cuales se observa el mérito y la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, donde da igualdad a todos los ciudadanos que acrediten los requisitos en participar en los concursos sin discriminación.

De conformidad con lo anterior, **la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito.** Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes determinantes de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Carta.

Es válido afirmar que el constituyente de 1991 consideró como elemento fundamental del ejercicio de la función pública el principio del mérito y que previó a la carrera, sistema técnico de administración del componente humano, como un mecanismo general de vinculación; en el marco del cual el concurso público se constituye en un instrumento adecuado para que, bajo parámetros objetivos, transparentes y claros, se garantice la selección de las personas mejor calificadas integralmente.

La Corte Constitucional ha precisado en Sentencia T-333 de 1998 que lo que se busca con la provisión de empleos a través de concurso de méritos es la satisfacción de los fines del Estado y garantizar el derecho fundamental de acceso a la función pública, lo que conlleva a la elección oportuna del concursante que reúne las calidades que con el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los concursantes y la entidad convocante.

De lo expuesto se colige que existe una prevalencia constitucional del concurso de méritos ante los cargos provistos mediante libre nombramiento y remoción. En el caso concreto, se observa que el cargo de profesional especializado, Código 222, Grado 7 tiene empleados que lo ocupan por mérito, pero también otros que ocupan ese cargo mediante libre nombramiento y remoción.

Darle prevalencia a quienes ocupan el cargo a través de libre nombramiento y remoción implica una violación de los derechos constitucionales a la igualdad y al trabajo, así como del principio de meritocracia que rige la función pública, toda vez que se impide que quienes tenemos derechos adquiridos de carrera podamos acceder al empleo público.

Al respecto, el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019, señala:

*“4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, **elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados,** que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”* (negrillas y subrayas del suscrito)

Además, la Sentencia T-081 de 2021 de la Corte Constitucional indicó:

“CARRERA ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DEL MERITO-Reglas para la provisión de vacantes, según modificación introducida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019

*(i) el principio del mérito es el que garantiza la excelencia y profesionalización en la prestación del servicio público, para que responda y permita materializar los fines del Estado; (ii) la concreción de esta garantía constitucional se da a través de la provisión de los cargos de carrera administrativa por medio de procesos de selección o concursos públicos que son administrados, generalmente, por la CNSC; (iii) en el marco de estos concursos se profieren unos actos administrativos denominados listas de elegibles, en las cuales se consignan en estricto orden de mérito los nombres de las personas que superaron las pruebas del proceso, con miras a ser nombrados en las vacantes ofertadas, en principio, estas solo podían ser utilizadas para proveer las vacantes definitivas que se abrieran en los empleos inicialmente convocados; (iv) no cabe alegar que existe un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (a) la persona participó en un concurso de méritos; (b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante definitiva para ser designado, por lo que los demás participantes tan solo tendrán una expectativa; (v) **en el marco de la Ley 1960 de 2019 es posible extender una lista de elegibles vigente para proveer cargos equivalentes, esto es, que corresponda a la denominación, grado, código y asignación básica del inicialmente ofertado.**”* (negrillas y subrayas del suscrito)

De acuerdo a la Ley 1960 de 2019, para las listas de elegibles producto de los procesos de selección aprobados con posterioridad 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 de los mismos empleos o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

En cuanto a las listas de elegibles generadas en procesos de selección iniciados a partir del 27 de junio de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil considera en su Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019", que los procesos de selección:

"(...) deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección. Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad 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 de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes." (negritas y subrayas del suscrito)

Dicha directriz fue emitida con base en las facultades consagradas en el artículo 130 de la Constitución que consagra que la CNSC es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos que no tengan un carácter especial.

La CNSC en criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", adoptado el 16 de enero de 2020, determinó 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 por tales, aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

Asimismo, en **Sentencia con radicado No. 11001032500020130130400 (33192013) del 27 de septiembre de 2018 de la Sección Segunda del Consejo de Estado**, con Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra, se expuso que es aceptable que la entidad convocante pueda disponer de la lista o registro definitivo de elegibles para proveer cargos que no hayan sido objeto, inicialmente, de oferta en concurso de méritos.

La Ley 909 de 2009 regula el sistema de carrera administrativa y es norma reguladora de todo concurso que obliga tanto a la administración como a las entidades contratadas y a sus participantes a seguir estrictamente sus directrices, la cual fue modificada por la Ley 1960 de 2019, que señala en su artículo 6 que la lista de elegibles obtenida en un concurso de mérito, se podrá utilizar en estricto orden de mérito para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de mérito y las demás vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, siempre y cuando la convocatoria se inicie en su vigencia.

Aunado a esto, en Sentencia T-340 de 2020 de la Corte Constitucional se expuso:

"Con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, 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.**

(...) Así las cosas, no cabe duda que de conformidad con el orden establecido en la lista de elegibles, el señor Ángel Porras tenía derecho a ser nombrado en período de prueba en el mencionado cargo y, por ende, procedía terminar el encargo de la señora Yaneth Benítez Vásquez, como a continuación se pasará a explicar.

3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”.

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 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).

3.7.5. Por último, **respecto del encargo hecho a la señora Benítez Vásquez, esta Corporación considera que se verificó uno de los supuestos de hecho que da lugar a su finalización, esto es, que el cargo sea provisto de forma definitiva por un funcionario de carrera, supuesto que se configuró con la autorización que en este caso se dio por el juez de tutela para el uso de la lista de elegibles para cubrir una vacante definitiva generada con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, tal como lo permite la Ley 1960 de 2019.**” (Negrillas y subrayas nuestras).

Lo expuesto en la jurisprudencia citada demuestra que ya existen precedentes en la Corte Constitucional de la aplicación por vía de tutela del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019, y del Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019".

Es menester ser claro en que la cita jurisprudencial refuerza la postura de que **la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo en este caso, teniendo en cuenta que el uso de listas de elegibles que establece la Ley 1960 de 2019 solo puede hacerse mientras las listas**

estén vigentes, por lo que acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa implicaría que mientras perdure el proceso ordinario la lista pierda su vigencia, ya que lo hará en un año y dos meses.

En este caso específico, el empleo al que me postulé para el concurso de méritos en el que ocupé la segunda posición tiene la misma denominación, naturaleza y perfil de los empleos que ocupan siete empleados de libre nombramiento y remoción en la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO.

En la respuesta a petición presentada por el suscrito, indicó la entidad demandada que no podía proveerme en el cargo, **por la confianza que requerían los cargos al ser de libre nombramiento y remoción. No obstante, tal como se establece en el manual de funciones de la entidad, el cargo de profesional especializado, código 222, grado 7 no hace referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional; asimismo, no está establecido en el manual de funciones que sea un cargo en el cual es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades. Se trata de un cargo que, por su naturaleza, debe ser provisto por medio del mérito, pero que ha venido siendo desvirtuada su forma de ser provisto.**

Sumado a esto, la misma administración reconoce en la respuesta a una de las peticiones que existen tres empleos con la misma denominación en encargos en las secretarías, y, tal como lo indica la referenciada **Sentencia T-340 de 2020 de la Corte Constitucional, resulta procedente terminar el encargo** y aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019 para que ese empleo sea asumido por el suscrito como empleado de carrera administrativa por haber ocupado la segunda posición en la lista de elegibles vigente.

Por tal razón, existen suficientes razones de derecho para que se ordene a esa entidad a que **aplique la prevalencia constitucional del concurso de méritos ante los cargos provistos mediante libre nombramiento y remoción**, y, en consecuencia, se retire del cargo denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7, identificado con el Código OPEC No 75331, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, a quien ocupe dicho empleo en la modalidad de libre nombramiento y remoción y/o encargo.

Y, como consecuencia de lo anterior, que se ordene a la entidad peticionada a que nombre y posea al suscrito como empleado público en el cargo denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7, identificado con el Código OPEC No 75331, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO.

PRETENSIONES:

PRIMERO: Tutelar mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la posibilidad de acceder a cargos públicos, y al principio constitucional de la carrera administrativa fundada en el mérito.

SEGUNDO: Se Ordene al **DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO** aplicar la prevalencia constitucional del concurso de méritos ante los cargos provistos mediante libre nombramiento y remoción y/o encargo, y, en consecuencia, se retire del cargo denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, a quien ocupe empleo equivalente en la modalidad de libre nombramiento y remoción y/o encargo.

TERCERO: Se Ordene al **DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO** nombrar y posesionar al suscrito como empleado público en el cargo equivalente denominado PROFESIONAL

ESPECIALIZADO, Código 222, Grado 7, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO.

CUARTO: Ordene todas las medidas positivas tendientes a garantizar mis derechos fundamentales.

COMPETENCIA:

Teniendo en cuenta que la acción de tutela se dirige contra una entidad del orden nacional como la CNSC y una del orden departamental como la Gobernación del Atlántico y conforme al artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, usted, como **Juez del Circuito**, es la autoridad judicial competente para resolver el amparo constitucional según los numerales 2 y 11, que exponen:

*“2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden **nacional** serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los **Jueces del Circuito** o con igual categoría.*

11. Cuando la acción de tutela se promueva contra más de una autoridad y estas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas establecidas en el presente artículo.”

JURAMENTO:

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que, por los mismos hechos y pretensiones, no he presentado acción similar ante autoridades judiciales.

PRUEBAS:

1. Cédula de ciudadanía del suscrito.
2. Registros civiles de nacimiento de Carlos Gabriel González y Camila González.
3. Certificado de discapacidad de Carlos Gabriel González, expedido por el Ministerio de salud.
4. Acuerdo de convocatoria No. CNSC 20191000008636 del 20 de agosto de 2019.
5. Lista de elegibles adoptada mediante Resolución No. 11267 del 18 de noviembre de 2021 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.
6. Peticiones dirigidas por el suscrito a la Gobernación del Atlántico y a la Comisión Nacional del Servicio Civil.
7. Respuestas de la Gobernación del Atlántico y a la Comisión Nacional del Servicio Civil a las peticiones presentadas.
8. DECRETO No 000006 DE 2020, por medio del cual se establece el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO.
9. DECRETO No. 000042 DE 2021 por medio del cual se modifica y adiciona parcialmente el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO.

ANEXOS:

- Medios documentales mencionados en el acápite de pruebas.

NOTIFICACIONES:

DEMANDANTE: Co [REDACTED]

GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO: CL 40 45 46 – Barranquilla. Correo electrónico: notificacionestutelas@atlantico.gov.co

CNSC: Correo electrónico: notificacionesjudiciales@cncs.gov.co

Bajo la gravedad de juramento, manifiesto que las direcciones electrónicas de los demandados fueron obtenidas de sus página web oficial: <https://www.atlantico.gov.co/index.php/notificaciones-judiciales> ,
<https://www.cncs.gov.co/>

Atentamente,

CARLOS RAUL GONZALEZ MOSCOTE.

C.C. [REDACTED]