

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**HONORABLE
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA LABORAL (REPARTO)
E.S.D.**

ASUNTO: ACCION DE TUTELA.

ACCIONANTE: SONIA HELENA ESPINOSA RIVERA

ACCIONADO: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- Y
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado judicial del accionante de la referencia, de conformidad al poder que me fuera conferido, acudo ante ustedes en ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la C.N, por violación a los derechos fundamentales del: DEBIDO PROCESO, TRABAJO, IGUALDAD, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS, OPORTUNIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y BUENA FE, en las que ha incurrido las entidades accionadas, representadas por quien sea o quien haga sus veces al momento de la notificación del auto que admite esta tutela, tal como se desprende de los siguientes:

FUNDAMENTOS DE HECHO:

Cuenta mi mandante que los hechos que dieron origen a esta tutela son los que a continuación se relacionan:

PRIMERO: En cumplimiento de la ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", la CNSC, mediante el Acuerdo No. 20161000001356 del 12 de agosto de 2016, modificado por los Acuerdos Nos. 20161000001406 del 29 de septiembre de 2016, 20161000001476 del 23 de noviembre de 2016 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000000996 del 23 de mayo de 2018, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente **Seiscientos Diecinueve (619) empleos, con con Mil Sesenta (1060) vacantes,,** pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, Convocatoria No. 429 de 2016 - Antioquia

SEGUNDO: A partir de la fecha antes indicada se inicio todo un trámite tendiente a consolidar una lista de elegibles, que diera aplicación al artículo 125 de la constitución nacional, esto es; que el merito y el concurso público abierto, dentro del sistema de carrera administrativa, fueran los únicos componentes a tener en cuenta para la selección o el ascenso de quienes aspiran a ocupar los cargos al servicio del Estado.

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TERCERO: Como consecuencia de los hechos anteriores mi mandante, se inscribió en la Oferta Publica de Empleos, que se ofertó, *para proveer **Veintisiete (27) vacantes** del empleo de carrera identificado con el código OPEC No.35346, denominado **Secretario**, Código **440**, Grado **4**, del Sistema General de Carrera de la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia*

CUARTO: En la convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, bajo el código **OPEC 35346**, se cumplieron con las siguientes fases: Inscripción, Prueba General de Preselección, Prueba de Competencias Funcionales, Prueba Comportamental, Selección de Empleo Especifico, Verificación de Requisitos Mínimos y análisis de antecedentes.

QUINTO: Mediante la **RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019**, se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer **Veintisiete (27) vacantes** del empleo de carrera identificado con el código OPEC No.35346, denominado **Secretario**, Código **440**, Grado **4**, del Sistema General de Carrera de la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia

SEXTO: Mi mandante en la anterior lista de elegibles, cuya vigencia es de dos años, ocupa el lugar número 37, de elegibilidad con un puntaje de 76.22 y actualmente está desvinculada.

Es de aclarar que mi mandante desempeño en provisionalidad, el cargo de **Secretario**, Código **440**, Grado **4**, del Sistema General de Carrera de la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia con el código OPEC No.35346 hasta el 31 de Diciembre de 2019.

SEPTIMO: Mi mandante, a través del ejercicio del derecho fundamental de petición el día 19 de Julio de 2019, solicita al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, que se haga uso de la lista de elegibles **RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019** y en la que se encuentra relacionada y ocupa el lugar número 37, en alguno de los cargos de la vacantes no reportados a la convocatoria en el mismo empleo **OPEC No.35346 o cargo equivalente** que tiene la entidad territorial y en el que se encuentren vacantes definitivas. Teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley 1960 de 2019. En igual sentido realiza nueva petición a la gobernación de Antioquia el día 10 de Enero de 2020

OCTAVO: El DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, da respuesta a dichas solicitudes negando a mi mandante la solicitud de hacer uso de la lista elegibles de la cual ella hace parte, en proveer vacantes definitivas a cargos equivalentes o mismos empleos de la **OPEC No.35346**, que se presentaron con posterioridad so pretexto entre otras razones, lo siguiente:

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

En un archivo digital en Excel, suministramos la restante información relacionada con los empleos de Secretario, código 440, grado 04, reportados y no reportados en la Convocatoria 429 de 2016 – Antioquia.

Con relación a solicitud de ser nombrada en un empleo de Secretario, código 440, grado 04, que se encuentre vacante, le recordamos que, mediante escrito con radicado 2019010274245 del 22/07/2019 usted presentó una petición en el mismo sentido, la cual fue respondida por la Dirección de Personal a través del oficio con radicado 2019030403194 del 03/08/2019. Por lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 19 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 1755 de 2015¹, para responder su actual petición nos remitimos a la respuesta brindada en el oficio con radicado 2019030403194 del 03/08/2019.

NOVENO: Mi mandante goza de protección especial por parte del estado, toda vez que se encuentra registrada en el registro nacional de víctimas mediante resolución número 2015-139571 del 22 de Junio de 2015 FUD. BG000129478

DECIMO: El problema jurídico planteado y que será objeto de decisión por parte del juez constitucional de tutela es el siguiente:

Es posible se autorice y se haga uso de la lista de elegibles contenida en la **RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019**, en la que se ordenó proveer **Veintisiete (27) vacantes** del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. **35346**, denominado **Secretario**, Código **440**, Grado **4**, del Sistema General de Carrera de la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, para que nombren y posesionen a la actora en uno de las vacantes que se generaron con posterioridad al reporte de dicho concurso de méritos, de conformidad a lo manifestado en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 que derogo el numeral 4, del artículo 31 de la ley 909 de 2004, y el cual reza que:

“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**”.

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

DECIMO PRIMERO: Un argumento que solicito se tenga en cuenta al juez de tutela en aras de garantizar la protección de los derechos vulnerados por las entidades a mi mandante es el siguiente:

No es cierto que la ley 1960 de 2019 sea de aplicación retroactiva en este caso puntual, pues dicha ley en su enunciado expresamente señala que el uso de la lista de elegibles aplica para **las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.** Situación fáctica en la que se encuentra mi poderdante pues la misma entidad en respuesta a sus peticiones así lo manifestó (LIBRO EXCEL), al existir 37 o más vacantes definitivas de cargos exactamente iguales o equivalentes a aquel para el cual ella concurso, supero el concurso de méritos y está en el lugar NUMERO 37 de elegibilidad.

Llama la atención, señor juez de tutela, que las vacancias definitivas en provisionalidad y en encargo que están provistas actualmente son por personal de planta en carrera administrativa o personas que nombran de afuera en provisionalidad, dejando sin ninguna oportunidad al MERITO, aquellas personas que ocupan un lugar dentro de una lista de elegibles con las que se pueden contar y hacer uso de ella.

Adicional a dicha situación, en aquellos eventos, en los que a la finalización del concurso, algunos cargos que se hayan declarado insuficientes para proveer con la lista de elegibles, así como los cargos que fueron declarados desiertos, SECRETARIO, grado 4 código 440 y sus equivalentes, tampoco la entidad territorial ha tenido en cuenta las listas de elegibles vigentes, de las cuales puede hacer uso de ellas, garantizando así, el derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas de quienes han participado en un proceso de selección en estricto orden de MERITO.

Por otro lado mi mandante no tiene por qué soportar la omisión por parte del ente territorial (DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA), DE NO DISPONER DEL ESTUDIO CORRESPONDIENTE QUE PERMITA ESTABLECER DICHA EQUIVALENCIA O NOMBRAMIENTO EN MISMO EMPLEO.

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Entiéndase por **Empleo Equivalente** lo siguiente: Cuando un cargo tiene 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.

DECIMO SEGUNDO: Actualmente en casos similares el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA SALA QUINTA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: JORGE LEÓN ARANGO FRANCO DE FEFHCA** veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020), RADICADO 05001 33 33 001 2020 00154 01 PROFIRIO SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA DONDE ESTIMO Procedente de la Acción de Tutela en el Marco del Concurso de Méritos/ Aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Igualmente el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL**, radicado 05697311200120200006400 amparo los derechos constitucionales del accionante.

Se aportan estos fallos para que sean tenidos en cuenta por el juez constitucional de tutela en primera instancia.

DECIMO TERCERO: Por otra parte señor juez téngase en cuenta el ultimo CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" Fecha de sesión: 22 de septiembre de 2020. Expedido por la Sala Plena de la CNSC, en sesión del 22 de septiembre de 2020, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES.

Este criterio se aportara como prueba en esta acción de tutela.

DECIMO CUARTO: La RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019, quedo en firme a partir del **08 de octubre de 2019** para los elegibles dela posición 1, 9, 21, 22 y del 27 al 99 respectivamente.

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

DECIMO QUINTO: Las entidades públicas accionadas y amparadas en el criterio unificado adoptado por la CNSC del 1 de agosto de 2019, sobre la listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de Junio de 2019, que dispone que la listas de elegibles vigentes pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad, únicamente para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad a la ley, contradice la norma reglamentada y establece una limitante abiertamente inconstitucional y trasgresora de los derechos fundamentales, de quienes a la entrada en vigencia de la ley, hacían parte de lista de elegibles vigentes, quienes tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza o equivalentes a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria.

DECIMO SEXTO: De los hechos narrados anteriormente, se desprende una situación, por lo que solicito sea analizada por el despacho y tiene que ver con los efectos (**Inter Comunis**), que debe producir el fallo de tutela al momento de amparar los derechos vulnerados por las accionadas al accionante, así como los derechos vulnerados, de aquellas personas que conforman la lista de elegibles **RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019**, máxime si posteriormente al concurso, existen vacantes o surtidos en provisionalidad, exactamente iguales o equivalentes a aquel para el cual se postularon a la convocatoria.

DECIMO SEPTIMO: En el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 491 de 2020, *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*.

Por tal motivo la CNSC expidió la circular **EXTERNA número 0009 DE 2020** en la que se imparte algunas instrucciones en relación con varios interrogantes, entre los cuales se destaca **SOBRE LISTAS DE ELEGIBLES VIGENTES así:**

(...)

"

17. ¿Las entidades que cuenten con listas de elegibles vigentes, pueden hacer uso de estas, durante el Estado de Emergencia decretado por el Gobierno?

Las entidades públicas que cuenten con listas de elegibles vigentes a la fecha deberán hacer uso de las mismas para proveer nuevas vacantes del mismo empleo, pero tendrán que observar lo establecido en el Acuerdo 165 de 2020 expedido por la CNSC. "

DECIMO OCTAVO: Así las cosas las accionadas desconocen lo regulado en el artículo 8 del acuerdo 165 de 2020, al no hacer uso de la lista de elegibles transgrediendo los derechos fundamentales alegados con esta tutela, tales como: DEBIDO PROCESO, TRABAJO, IGUALDAD, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS, OPORTUNIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y BUENA FE. Dicho artículo reza lo siguiente:

"ARTICULO 8°. Uso de Lista de Elegibles. Durante su vigencia las listas de elegibles serán utilizadas para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad, en los siguientes casos:

1. Cuando el elegible nombrado no acepte el nombramiento o no se poseione en el cargo o no supere el periodo de prueba.
2. Cuando se genere la vacancia definitiva de un empleo provisto mediante la lista de elegibles objeto de un concurso de méritos con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el art. 41 de la Ley 909 de 2004.
3. **Cuando se generen vacantes del "mismo empleo" o de "cargos equivalentes" en la misma entidad.** (Subraya fuera del texto original)

DECIMO NOVENO: Por otro lado el acuerdo 165 de 2020 utiliza los siguientes términos a saber:

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Vacante definitiva: Es aquella vacante de un empleo de carrera administrativa sobre la cual no existe titular con derechos de carrera.

Empleo equivalente: Cuando un cargo tiene 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.

Mismo empleo: Corresponde al empleo con igual denominación, código, grade, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica, cuando así se haya ofertado en el proceso de selección, y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

Uso de Lista de Elegibles: Es la provisión definitiva de vacantes de una entidad con los elegibles de una lista vigente, para los casos contemplados en el artículo 8° de este Acuerdo, evento en el que de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, las entidades deberán cubrir los costos de uso de la lista.

VIGESIMO: Se advierte que existen vacantes definitivas de cargos exactamente iguales o equivalentes a aquel para el cual ella concurso con el nombre del empleo de SECRETARIO, posteriores, es decir no convocados, por lo tanto, al tratarse de vacantes definitivas, del mismo cargo para el cual concursó, es dable proveer aquellas con el registro de elegibles vigente, criterio que las accionadas no comparten haciendo una **INTERPRETACION RESTRICTIVA**, vulnerando con dicho actuar los derechos fundamentales de: DEBIDO PROCESO, TRABAJO, IGUALDAD, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS, OPORTUNIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y BUENA FE. La anterior situación, resulta atentatoria a los intereses de mi mandante, en la medida en que la negativa a efectuar la ponderación propuesta, no pueda ingresar al sistema de carrera administrativa, teniendo todo el derecho a hacerlo.

**CONSIDERACIONES SOBRE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS**

En el caso sometido a consideración, la accionante pretende que se amparen los derechos fundamentales DEBIDO PROCESO, TRABAJO, IGUALDAD, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS, OPORTUNIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y BUENA FE, y en consecuencia sea nombrada en periodo de prueba en el mismo cargo o equivalente de carrera administrativa denominado **Secretario, Código 440, Grado 4**, conforme a la lista de elegibles que se conformó en la **RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019**.

El artículo 31 numeral 4° de la ley 909 de 2004, establecía, antes de su modificación, que las listas de elegibles solo podían usarse para proveer los cargos ofertados en cualquier concurso de méritos presidido por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En consecuencia, dicha norma excluía la posibilidad de utilizar la lista para conferir nombramientos de vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la respectiva convocatoria, y en concordancia con esta disposición el Decreto 1894 de 2012, a su vez compilado por el Decreto 1083 de 2015, estableció lo siguiente:

*"Parágrafo 1°. 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."*¹

Aunque la redacción original del numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso", La ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el cual con la lista de elegibles "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".

Resulta, entonces, evidente que ha operado un tránsito de legislación, por lo que se solicita al juez constitucional de tutela evaluar si se dan los presupuestos para que la Ley 1960 de 2019 sea aplicable a mi mandante la señora **SONIA HELENA ESPINOSA** o si por el contrario, debe seguirse con la Ley 909 de 2004 sin modificaciones.

¹ Decreto 1894 de 2012, artículo 1°.

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán **ULTRACTIVA** o **RETROACTIVAMENTE**, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada **RETROSPECTIVIDAD**, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en:

"...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia."²

Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.

Bajo esta premisa de que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa salvo aquellos que ocuparon los 27 primeros lugares, únicos de quien se predica un derecho adquirido, y teniendo de presente que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer **UN CARGO DE GRADO Y DENOMINACIÓN IGUALES PARA EL CUAL SE ABRIÓ ORIGINALMENTE EL CONCURSO DE MÉRITOS**, por tal motivo es viable aplicar **RETROSPECTIVAMENTE** la Ley 1960 de 2019 a la accionante, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 429 de 2016.

BUENA FE Y CONFIANZA LEGITIMA: En ese orden de ideas es el MÉRITO el que debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante **DE GRADO IGUAL, QUE TENGA LA MISMA DENOMINACIÓN**, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, la administración deberá solicitar la respectiva autorización para el uso de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva, de lo contrario se viola el **DEBIDO PROCESO**, que en el caso concreto deriva en una vulneración al derecho al **ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS**

² Corte Constitucional, sentencia T-569 de 2011. En igual sentido las sentencias 1-156 de 2012 y 1-180 de 2015.

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

y lesiona el **DERECHO AL TRABAJO** de quien se ve privado del acceso a un empleo o función pública a pesar de la existencia de unas reglas que permitían el uso de listas de elegibles para proveer vacantes definitivas ofertadas por la convocatoria y que generaron la confianza legítima en la administración.

AL TRABAJO: El artículo primero de la Constitución Política, prevé que Colombia es un estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad general. En su artículo 25, la carta magna dispone que el derecho al trabajo sea un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene el derecho a un trabajo en condiciones dignas ligado al **DERECHO AL ACCESO A CARGOS PUBLICOS**, Este derecho conforme al artículo 40 de la Constitución Política, se entiende como el derecho que tiene todo ciudadano a Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Respecto a la carrera administrativa y su protección la Corte constitucional esbozó en la Sentencia SU 133 de 1998, respecto a este derecho lo siguiente:

(...)

"La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de carrera el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado, en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público (art. 125 C.P.)."

*Lo que procura el orden jurídico, mediante la exigencia de que se aplique el sistema de carrera y no la preferencia caprichosa del nominador en la selección, promoción y salida del personal que trabaja para el Estado, es por una parte la realización del principio constitucional de estabilidad en el empleo (art. 53 C.P.), por otra la escogencia de los mejores, en busca de la excelencia como meta esencial del servicio público, y, desde luego, el señalamiento del **mérito** como criterio fundamental que oriente a los directivos estatales acerca de la selección de quienes habrán de laborar en dicho servicio en sus distintas escalas.*

En cuanto al acceso al servicio público, la Constitución Política dispone que los funcionarios cuya sistema de nombramiento no haya sido determinado por ella misma o por la ley, serán nombrados por concurso público.

El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Así concebida la carrera, preserva los derechos al trabajo (arts. 25 y 53 C.P.), a la igualdad (art. 13 C.P.) y al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40, numeral 7, C.P.), realiza el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático.” (cursivas y subrayas propias)

(...)

Respecto al derecho adquirido, una vez superado las pruebas en un concurso de meritos, la CORTE CONSTITUCIONAL, se pronunció de la siguiente manera, en la tutela T 1241 de 2001:

(....)

“No obstante, observa la Corte que la conformación de la lista de elegibles es la formalización de un derecho subjetivo que surge de la certeza de los resultados del concurso, esto es, una vez se encuentran en firme las calificaciones, se conoce el puntaje definitivo obtenido por los aspirantes y las impugnaciones a las calificaciones presentadas por los concursantes ya han sido resuelta

La lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso y señala el orden en que han quedado los aspirantes. Esta lista tiene como finalidad hacer públicos los nombres y lugares ocupados por los distintos aspirantes, de tal forma que se facilite tanto el proceso de nombramiento en el cargo para el cual concursaron, como la eventual impugnación de la inclusión, ubicación o puntaje de un aspirante en la lista por posible fraude, incumplimiento de los requisitos de la convocatoria, o por error numérico que altere el orden en la lista La lista de elegibles es un instrumento que garantiza la transparencia del proceso de selección, provee información sobre quiénes tienen derecho a ser nombrados en los cargos para los cuales se hizo la convocatoria y sobre quiénes tendrán en el futuro un derecho preferencial a ser nombrados en vacantes que surjan durante los dos años de la vigencia de la lista

Por lo tanto, si en un concurso iniciado antes del 12 de julio de 1999, los resultados de éste se encontraban en firme, bien porque el período de impugnaciones hubiere precluido o porque los recursos interpuestos contra las calificaciones hubieren sido resueltos, nace un derecho subjetivo que debe ser protegido, el cual no depende de que se hubiere formalizado y hecho pública la lista de elegibles. Teniendo certeza sobre los resultados del concurso, las autoridades administrativas competente, podrán determinar el orden en que quedaron los concursantes, conformar la lista de elegibles y completar las etapas restantes del concurso, como quiera que tales etapas resultan necesarias para garantizar la efectividad de ese derecho.” (cursivas y subrayas fuera del texto original)

(....)

AUTORIDAD PÚBLICA ACCIONADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

La acción de Tutela que se formula va dirigida contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

PRETENSIONES

Una vez probados los hechos narrados anteriormente solicito al despacho tutele a favor de la señora **SONIA HELENA ESPINOSA RIVERA**, sus derechos fundamentales que están siendo vulnerados por las accionadas y en consecuencia ordene:

PRIMERO: Se amparen los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia (artículo 40 numeral 7 y artículo 125 constitucional), Igualdad (artículo 13 constitucional), trabajo en condiciones dignas (artículo 25 constitucional), debido proceso (artículo 29 constitucional) y buena fe y confianza legítima.

SEGUNDO: Se ordene a la CNSC y al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, que en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6° de la ley 1960 de 2019, acuerdo 165 de 2020, **CIRCULAR EXTERNA número 0009 DE 2020** y **CRITERIO UNIFICADO DE LA CNSC DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2020** y en consecuencia se autorice y use en estricto orden de mérito, la lista de elegibles que se conformó con la **RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019**, en el mismo empleo o empleo equivalente de carrera administrativa denominado **Secretario, Código 440, Grado 4**, del Sistema General de Carrera Administrativa del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, convocatoria 429 de 2016, para que la nombren en periodo de prueba a la señora **SONIA HELENA ESPINOSA RIVERA**, en 1 de las vacantes definitivas del mismo empleo o empleo equivalentes, posteriores generadas al reporte de dicho concurso de méritos y además, se tenga en cuenta su condición de VICTIMA al momento de hacerle el nombramiento para que sea CENTRALIZADO.

TERCERO: Ordenar que el fallo de tutela en caso de ser favorable produzca efectos (**Inter Communis**), que garanticen igualmente la protección de los derechos de aquellas personas que conforman la lista de elegibles **RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019**, máxime si posteriormente al concurso, existen vacantes o surtidos en provisionalidad, exactamente iguales o **equivalentes** a aquel para el cual se postularon a la convocatoria.

CUARTA: Ordenar recomponer la lista de elegibles **RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019**, conformada para el cargo código *OPEC No 35346*, y *consecuencialmente se proceda a efectuar el nombramiento en periodo de prueba del empleo denominado Secretario, Código 440, Grado 4, en mismo empleo o empleo en equivalencia en estricto orden de mérito, con los integrantes de la lista de elegibles respectiva.*

PETICION ESPECIAL

Con el fin de evitar vulneraciones de derechos a terceros, se ordene que dentro de las 24 horas siguientes a la comunicación del auto admisorio de la tutela, se publique en la página web de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, la existencia de esta acción para efectos de dar a conocer la misma a quienes eventualmente pudieran salir afectados con la decisión que resuelva la acción pública.

VINCULAR al trámite de la presente tutela a los demás integrantes de la lista de elegibles **RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192110075905 DEL 18-06-2019**, a partir del puesto 27 y hasta el 99, con el fin de que hagan valer sus derechos en caso de considerarlo pertinente el despacho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La presente solicitud de tutela tiene sustento normativo en lo dispuesto en los artículos 2º, 25, 29, 86 y 125 de la Constitución Nacional.

La acción de tutela establecida por el constituyente de 1991, en el artículo 86 de la Carta Política, fue instituida con el firme propósito de garantizar a todas las personas que habitan el territorio nacional, la efectividad en el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión proveniente de una Autoridad Pública o de un particular en los casos determinados por la Ley. A través de este mecanismo de raigambre constitucional, se logra obtener la protección judicial de dichos derechos, sin que se pueda plantear en los estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Hay abundante jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la procedencia excepcional de la tutela frente a estos casos.

La Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, entre otros el expresado en Sentencia T 052 de 2009, han admitido que la acción de tutela en caso de vulneración a los derechos fundamentales del debido proceso, al trabajo, y de acceso a los cargos públicos, que se presenten en el trámite de un concurso, procede de manera excepcional para conjurar su conculcación.

La Corte Constitucional en sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, ha manifestado lo siguiente:

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

*"... 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 otras palabras y de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la carta política y el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, la acción constitucional de tutela procede para proteger los derechos fundamentales de las personas, siempre que no se cuente con otro medio judicial de protección, siendo claro que a partir de la vigencia de la constitución política de 1991 el derecho al debido proceso administrativo tienen rango constitucional por lo que las trasgresiones asociadas al acceso a la carrera administrativa, son susceptibles de protección por vía de tutela, único mecanismo eficaz e inmediato para el restablecimiento de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso consagrado en el artículo 29, al trabajo, a la buena fe y el de la confianza legítima de conformidad con el artículo 83 superior, así como el acceso a los cargos públicos y asegurar la correcta aplicación del artículo 125 de la constitución de quien no es designado en el cargo al que aspira en razón de acciones u omisiones en que incurra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL o el NOMINADOR, teniendo en cuenta que los mecanismos ordinarios no resultan lo suficientemente eficaces, en razón del tiempo que dura un proceso tramitado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, la jurisprudencia de la corte constitucional ha puesto de relieve desde sus inicios que la carrera administrativa y el acceso a esta a través de concurso de méritos constituye la regla general y el mecanismo adecuado e idóneo por excelencia para el manejo racional, eficaz y eficiente de la administración pública y por consiguiente para la plena consecución de sus fines constitucionales, así como la garantía de igualdad de oportunidades y la protección de los derechos subjetivos; y que los demás mecanismos para acceder a los empleos públicos deben ser de carácter estrictamente excepcional, insistiendo incluso en las limitaciones del legislador para regular esta materia, para que no se haga nugatoria la regla general y se invierta la relación normativa y el orden constitucional, poniendo de relieve que el principio del mérito constituye el criterio o factor definitorio para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público, de conformidad con el artículo 125 superior.

Es así como la jurisprudencia constitucional ha insistido en que en el concurso se deben fijar claramente y desde el comienzo los criterios a seguir, los tramites, procesos, fases, y evaluaciones a llevar a cabo y los factores a evaluar; todo ello con el fin de determinar la conformación de la lista de elegibles de acuerdo con la puntuación obtenida, en estricto orden de meritos respetando los resultados del concurso, para lograr que el nombramiento recaiga en el candidato que ocupe el primer lugar y que se siga un estricto orden descendente para la provisión de los cargos.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL MARCO DE CONCURSOS DE MÉRITO PARA CARGOS PÚBLICOS DE CARRERA.

La jurisprudencia constitucional ha identificado las dimensiones del derecho al acceso a los cargos públicos que entran en la órbita de protección del juez constitucional, cuando se demuestra que los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico no resultan idóneos para su protección o que la inminencia de un perjuicio irremediable torna procedente transitoriamente la protección que imparte este medio de defensa. Al respecto, la sentencia SU-339 de 2019 señala:

"... la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público".

Además, la Corte ha establecido claramente que *"en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley"*.

En el presente asunto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para encausar las pretensiones de la accionante, comoquiera que no se cuestiona la validez del concurso de méritos o las providencias proferidas en desarrollo del mismo, sino que, se alega que a pesar de cumplir con los requisitos establecidos para ocupar los cargos que en la actualidad se encuentran vacantes, las entidades accionadas no han permitido que la accionante ocupe tales cargos, porque los cargos vacantes no fueron ofertados en la convocatoria a la cual participaron.

COMPETENCIA.

De ese Honorable Tribunal, según lo previsto en el artículo 1, numeral 2º del Decreto 1382 de 2000.

Lo anterior, en razón a que la Comisión Nacional del Servicio Civil, es un órgano autónomo (art. 113 C.N), por lo que no pertenece a ninguna de las ramas del poder público, luego no se encuentra dentro de las entidades del sector descentralizado de la rama ejecutiva. De ahí que, como su nombre lo indica, sea del orden nacional, y la competencia para conocer de acciones de tutela en su contra corresponda a los Tribunales, de conformidad con la norma en cita.

PRUEBAS Y ANEXOS

Acompañó a la presente solicitud:

1. Lista De Elegibles.
2. Derechos de petición
3. Respuestas a derecho de petición
1. Criterio Unificado *"Uso De Listas De Elegibles En El Contexto De La Ley 1960 De 27de Jun10 De 2019*
2. Circular Externa Numero 0001 De 2020
3. Circular Numero 20191000000117
4. Circular Externa Numero 0009 De 2020
5. Acuerdo Número 0165 DE 2020.
6. Criterio unificado del 22 de Septiembre de 2020 expedido por la CNCS.
7. Resolución de victimas
8. Fallos de tutela de similar Naturaleza proferidos por los tribunales de Antioquia
9. Poder para actuar.

CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de este escrito, manifiesto que el accionante ni el suscrito ha impetrado acción similar ante otra autoridad judicial contra él tutelado, con fundamento en los mismos hechos expuestos, peticionando la protección de los derechos invocados.

NOTIFICACIONES JUDICIALES COMO ADMINISTRATIVAS

A la accionante **SONIA HELENA ESPINOSA RIVERA** vía correo electrónico en la siguiente dirección: soniahespinsa@gmail.com
Teléfono celular: 3216049352.

A la entidad accionada, **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, las recibirá en la ciudad de Bogotá D.C en la Carrera 16 No. 96 – 64, Piso 7. Teléfono: 57 (1) 3259700 Fax: 3259713, Línea nacional 01900 3311011. Correo para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

A la entidad accionada, **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**, en la ciudad de Medellín ubicado en la Calle 42B Número 52- 106 Centro Administrativo Departamental "José María Córdova" - La Alpujarra. Línea de Atención a la ciudadanía: 01 8000 4 19000- +574 409 9000. Notificaciones Judiciales: notificacionesjudiciales@antioquia.gov.co

Al apoderado judicial de la accionante, en el siguiente correo electrónico: carlosaugusto65@hotmail.com, Teléfono Celular: 3002844201

Atentamente,



CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ

C.C. 8161391 De Envigado
T.P. 142129 del C S de la J.

Carrera 49 No 50 – 30. Oficina 602. Edificio Lucrecio Vélez. Teléfono: 3002844201.

E-mail: carlosaugusto65@hotmail.com.

Medellín – Colombia