

Santiago de Cali, agosto de 2021

Señor:

**JUEZ REPARTO.**

**E. S. D.**

|                      |   |
|----------------------|---|
| Asunto:              | <b>ACCION DE TUTELA</b>   |
| Accionante:          | <b>Katherine Giraldo Restrepo</b>   |
| Accionado:           | <b>Alcaldía de Santiago de Cali – Departamento Administrativo de Desarrollo e Innovación Institucional</b><br><b>Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC</b>  |
| Derechos Vulnerados: | <b>Derecho a la igualdad, Derecho al trabajo, Derecho al debido proceso, Derecho al acceso a cargos públicos, además por no dar cumplimiento a las disposiciones contempladas en la Ley 909 de 2004 modificada por la ley 1960 de 2019 y demás concordantes como el decreto 1083 de 2015 modificado por el decreto 498 de 2020, por el cual se expiden las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y otras disposiciones.</b> |

Yo, KATHERINE GIRALDO RESTREPO, identificada con la cédula de ciudadanía 1.130.598.913 de Cali, acudo a su Despacho en ejercicio de la ACCIÓN DE TUTELA consagrado en el Art. 86 de la Constitución Política en contra de Alcaldía de Santiago de Cali – Departamento Administrativo de Desarrollo e Innovación Institucional y Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, por cuanto esta entidad vulneró mi derecho fundamental **a la igualdad, Derecho al trabajo, Derecho al debido proceso, Derecho al acceso a cargos públicos, además por no dar cumplimiento a las disposiciones contempladas en la Ley 909 de 2004 modificada por la ley 1960 de 2019 y demás concordantes como el decreto 1083 de 2015 modificado por el decreto 498 de 2020, por el cual se expiden las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y otras disposiciones.** Lo anterior lo fundamento en los siguientes:

### **HECHOS**

1. La CNSC mediante Acuerdo No. CNSC – 20171000000256 del 28 de noviembre de 2017, modificado y aclarado por el Acuerdo No. CNSC – 20181000001166 del 15 de junio de 2018, compilado a través del Acuerdo No. CNSC – 20181000003606 del 7 de septiembre de 2018 y corregido mediante Acuerdo

No. CNSC 20191000002196 del 12 de marzo de 2019, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente DOSCIENTOS TREINTA Y DOS (232) empleos, con MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO (1664) vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la ALCALDÍA DEL DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI, Proceso de Selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca.

- Participe en el proceso de selección 437 de 2017- Valle del Cauca para el cargo de Profesional Universitario, grado 4, Código 219, Opec 54186, y aprobé satisfactoriamente las pruebas de conocimiento y comportamentales, lo que en su momento me situó en primer lugar como se evidencia a continuación:

**Resultados y solicitudes a pruebas**

Listado de reclamaciones presentadas y respuestas

| Prueba   | Última actualización | Valor    | Consultar Reclamaciones y Respuestas                 | Consultar detalle Resultados                 |
|--|----------------------|----------|--|--|
| PRUEBA DE COMPETENCIAS BASICAS   | 2019-11-21           | 100.00   | <a href="#">Consultar Reclamaciones y Respuestas</a> | <a href="#">Consultar detalle Resultados</a> |
| PRUEBA DE COMPETENCIAS COMPORTAMENTALES  | 2019-11-21           | 76.92    | <a href="#">Consultar Reclamaciones y Respuestas</a> | <a href="#">Consultar detalle Resultados</a> |
| PRUEBA DE COMPETENCIAS FUNCIONALES   | 2020-03-05           | 84.00    | <a href="#">Consultar Reclamaciones y Respuestas</a> | <a href="#">Consultar detalle Resultados</a> |
| Prueba Valoración de Antecedentes Valle del Cauca  | 2020-06-09           | 49.00    | <a href="#">Consultar Reclamaciones y Respuestas</a> | <a href="#">Consultar detalle Resultados</a> |
| Verificación Requisitos Mínimos proceso de selección 437 de 2017 Valle del Cauca- Alcaldía de Cali | 2020-08-05           | Admitido | <a href="#">Consultar Reclamaciones y Respuestas</a> | <a href="#">Consultar detalle Resultados</a> |

1 - 5 de 5 resultados

**Sumatoria de puntajes obtenidos en el concurso**

Información de cada prueba presentada en el concurso y su valoraciones

| Prueba   | Puntaje aprobatorio: | Resultado parcial | Ponderación |
|--|----------------------|-------------------|-------------|
| PRUEBA DE COMPETENCIAS BASICAS   | 65.0                 | 100.00            | 20          |
| PRUEBA DE COMPETENCIAS COMPORTAMENTALES  | No aplica            | 76.92             | 20          |
| PRUEBA DE COMPETENCIAS FUNCIONALES   | 65.0                 | 84.00             | 45          |
| Prueba Valoración de Antecedentes Valle del Cauca  | No aplica            | 49.00             | 15          |
| Verificación Requisitos Mínimos proceso de selección 437 de 2017 Valle del Cauca- Alcaldía de Cali | No aplica            | Admitido          | 0           |

1 - 5 de 5 resultados

Resultado total: **80.53** **CONTINUA EN CONCURSO**

- En la segunda etapa de valoración de antecedentes, en la cual se suman puntos adicionales por experiencia y estudio, a pesar de tener más 10 años de experiencia trabajando en el sector público había otros aspirantes que lograron sumar mayor puntaje y se situaron por encima, dejándome en el tercer puesto.

**Listado de puntajes de aspirantes al empleo que continúan en concurso**

Listado de puntajes propios y de otros aspirantes

| Número de inscripción aspirante | Resultado total |
|---------------------------------|-----------------|
| 151866926                       | 81.46           |
| 145810535                       | 81.13           |
| <b>150339792</b>                | <b>80.53</b>    |
| 142735134                       | 75.68           |
| 155315963                       | 75.12           |
| 151686195                       | 73.35           |
| 162476729                       | 72.34           |
| 155165298                       | 72.23           |
| 132049442                       | 71.92           |
| 155693857                       | 71.16           |

1 - 10 de 16 resultados

4. En atención a los resultados obtenidos en las pruebas y en la valoración de antecedentes la Comisión Nacional del Servicio Civil expide la Resolución No. CNSC - 20202320003235 DEL 13-01-2020, “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer DOS (2) vacantes definitivas del empleo, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 54186, del Sistema General de Carrera Administrativa de la ALCALDÍA DEL DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI, ofertado a través del Proceso de Selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca”, en la cual me situó en la posición 3.

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar** la lista de elegibles para proveer DOS (2) vacantes definitivas del empleo, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 54186, del Sistema General de Carrera Administrativa de la ALCALDÍA DEL DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI, ofertado en el marco del Proceso de Selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca, así:

| POSICIÓN | TIPO DOCUMENTO | DOCUMENTO  | NOMBRES         | APELLIDOS        | PUNTAJE |
|----------|----------------|------------|-----------------|------------------|---------|
| 1        | CC             | 66840762   | JACQUELINE      | CRUZ ARTEAGA     | 81.46   |
| 2        | CC             | 16662952   | HAROLD HERNANDO | ARIAS MARIN      | 81.13   |
| 3        | CC             | 1130598913 | KATHERINE       | GIRALDO RESTREPO | 80.53   |

5. Que una vez establecida la lista de elegibles elaborada como resultado del proceso de selección, la entidad Alcaldía de Santiago de Cali realizó lo actos administrativos correspondientes para proveer en período de prueba los empleos convocados a concurso, y actualmente las personas que quedaron en la posición 1 y 2 fueron evaluados satisfactoriamente en el periodo de prueba.

6. Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que La Lista de Elegibles conformada a través del Acto Administrativo Resolución No. CNSC - 20202320003235 DEL 13-01-2020 tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, y al quedar en la posición 3 de la lista, solicite a la entidad Alcaldía de Santiago de Cali y a la Comisión Nacional del Servicio Civil aplicar el Decreto 498 del 30 de marzo de 2020, "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

7. Que expresamente el Decreto 498 del 30 de marzo de 2020, "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública", establece que:

*"Artículo 1. Modificar el artículo 2.2.5.3.2 del Capítulo 3 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual quedará así:*

*"Artículo 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*

*(...) párrafo 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, 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 y **PARA PROVEER LAS VACANTES DEFINITIVAS DE CARGOS EQUIVALENTES NO CONVOCADOS, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad**". (Negrilla, subraya y mayúscula fuera de texto)*

8. Adicional a lo anterior es importante también tener en cuenta que la Ley 909 de 2004, en su artículo 31 numeral 4, modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 establece:

*"(...) 4. <Numeral modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y LAS VACANTES DEFINITIVAS DE CARGOS EQUIVALENTES NO CONVOCADOS, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad**". (Negrilla, subraya y mayúscula fuera de texto)*

9. Mediante radicado No. 202041730100370802 realice solicitud de aplicación y cumplimiento del Decreto 498 del 30 de marzo de 2020, pidiendo a la administración Municipal de Santiago de Cali que me vinculara en un cargo equivalente que no haya sido convocado en el proceso de selección 437 de

2017 y que estuviera en vacancia definitiva, teniendo en cuenta que participe en el proceso de selección para el cargo de Profesional Universitario grado 4, y que mediante Resolución No. CNSC - 20202320003235 DEL 13-01-2020 que conformó la lista de elegibles, quede en la posición 3.

10. Mediante radicado No. 20203200541642 y código de verificación 27929, elevé solicitud a la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitando la aplicación y cumplimiento del Decreto 498 del 30 de marzo de 2020, de tal manera que la administración Municipal de Santiago de Cali me vinculara en un cargo equivalente que no haya sido convocado en el proceso de selección 437 de 2017 y que estuviera en vacancia definitiva, teniendo en cuenta que participe en el proceso de selección para el cargo de Profesional Universitario grado 4, y que mediante Resolución No. CNSC - 20202320003235 DEL 13-01-2020 que conformó la lista de elegibles, quede en la posición 3.

11. La Comisión Nacional del Servicio Civil en respuesta a derecho de petición con radicado 20203200541642 me comunicó el radicado 20201020475211, en el cual expresa que la entidad Alcaldía de Santiago de Cali no ha realizado la solicitud de uso de lista de elegibles para proveer vacantes iguales al empleo ofertado identificado con el Código OPEC Nro. 54186. Lo anterior desconociendo la ley 1960 de 2019 y el Decreto 498 de 2020.

12. Que la Alcaldía de Santiago de Cali al momento de las solicitudes tenía y sigue teniendo vacantes similares en el PLAN ANUAL de VACANTES MEDE01.05.04.18.P08.F06\_V4, en el cual a manera de ejemplo me permito mencionar que existe un cargo en vacancia definitiva, con la denominación Profesional Universitario, con código 219, grado 04, con el propósito Coordinar y llevar a cabo las acciones jurídicas necesarias para apoyar los procesos del organismo, siguiendo procedimientos y normas vigentes, adscrito a la Secretaría de Cultura, el cual se encuentra provisto mediante encargo.

13. En el PLAN ANUAL de VACANTES 2020 MEDE01.05.04.18.P08.F06\_V4, la Alcaldía de Santiago de Cali tenía **Cinco (5) cargos en vacancia definitiva**, con la denominación Profesional Universitario, con código 219, grado 04, provistos mediante encargo, en nombramiento en provisionalidad o vacíos. Entre los cuales se encuentra vacancia definitiva, con la denominación Profesional Universitario, con código 219, grado 04, adscrita a la Secretaría de Cultura. La cual puede ser provista en cumplimiento del Decreto 498 del 30 de marzo de 2020.

PLAN ANUAL de VACANTES 2020 MEDE01.05.04.18.P08.F06\_V4 Publicado en <https://www.cali.gov.co/documentos/3213/2020/>

14. Adicional a lo anterior, en el PLAN ANUAL de VACANTES 2021 MEDE01.05.04.18.P08.F06\_V4, me permito informar que existen **DIECINUEVE (19) cargos en vacancia definitiva**, con la denominación Profesional

Universitario, con código 219, grado 04, que se encuentran provistos mediante encargo, en nombramiento en provisionalidad o vacíos. Las cuales podrían ser provistas en cumplimiento del Decreto 498 del 30 de marzo de 2020 y en cualquiera de ellas me siento capaz de desempeñar de manera satisfactoria las funciones que asigna el cargo.

PLAN ANUAL de VACANTES 2021 MEDE01.05.04.18.P08.F06\_V4 Publicado en <https://www.cali.gov.co/documentos/4129/2021/>

15. Desconociendo los postulados normativos de la Ley 909 de 2004, la Ley 1960 de 2019 y el Decreto 498 del 30 de marzo de 2020 que modifica el Decreto 1083 de 2015, la Alcaldía de Cali se negó a proveer está vacante o cualquier otra que existe en la planta global con la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC - 20202320003235 DEL 13-01-2020, desconociendo y vulnerando todos mis derechos fundamentales, especialmente el derecho al trabajo y derecho a acceder a cargos públicos.

Considero que las entidades accionadas han desconociendo mi profesionalismo, experiencia y los años de servicio público, en los cuales he sido reconocida por mi responsabilidad y capacidades para enfrentar los retos de la administración pública.

16. Que mediante Circular Externa N°0001 del 21 de febrero de 2020 expedida por la CNSC, se indicó que las listas de elegibles que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 – como fue la Convocatoria 437 de 2017, Valle del Cauca – Cali-, 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 corresponden a los “mismos empleos”**.

Que mediante esta circular la CNSC en ejercicio de las competencias atribuidas en los literales a) y h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, imparte lineamientos a los Representantes legales y jefes de unidad de personal para el “Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en lo relacionado al reporte de las nuevas vacantes que corresponden a los mismos empleos, para lo cual establece todo el procedimiento que deben seguir para reportar estas nuevas vacantes y utilizar las listas de elegibles de la Convocatoria 437.

17. Que mediante radicado de respuesta No. 202041370400029471, la Alcaldía de Santiago de Cali a interpretado mal la normativa y la Circular Externa N°0001 del 21 de febrero de 2020 expedida por la CNSC, negándome el acceso a un cargo público y a tener un trabajo digno.
18. Actualmente no tengo un trabajo estable, lo que pone en constante peligro otros de mis derechos fundamentales, y por eso acudo al Honorable juez

constitucional para que ampare mis derechos y pueda acceder legalmente a la función pública, ya que considero que tengo derecho a que la entidad Alcaldía de Santiago de Cali aplique la Ley 909 de 2004, la Ley 1960 de 2019 y el Decreto 498 del 30 de marzo de 2020 que modifica el Decreto 1083 de 2015, nombrándome en una de las vacantes definitivas que se encuentran en la planta global, aplicando la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC - 20202320003235 DEL 13-01-2020.

19. Que el día veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020), la sentencia T-340 de 2020, abordó de manera directa y completa los hechos relacionados con la Ley 1960 de 2019 y su aplicación durante el transcurso de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF.

En este punto es dable aclarar que pongo de presente esta sentencia, teniendo en cuenta que se trata de pretensiones similares y un caso similar al mío.

### **PRETENSIONES**

Solicito señor juez de manera respetuosa, se me tutelen los derechos fundamentales al, trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos, estipulados en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 y, en consecuencia, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y a la ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI, acate las disposiciones normativas contenidas en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, tal como lo establece la Sentencia T-340 de 2020 proferida por la Corte Constitucional, y en consecuencia:

1. **DECLARAR Y TUTELAR** la existencia de mis derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al acceso a cargos públicos y demás que le sean inherentes, al derecho constitucional del mérito y a la oportunidad.
2. **RECONOCER** mis derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al acceso a cargos públicos y demás que le sean inherentes, al derecho constitucional del mérito y a la oportunidad.
3. **ORDENAR** a los accionados, el reconocimiento de mi derecho al acceso a un empleo de carrera administrativa en el menor tiempo posible y sin dilaciones, nombrándome y posesionándome en una de las vacantes definitivas equivalentes al cargos Profesional Universitario, código 219, Grado 4, de la planta global de cargos de la Alcaldía de Santiago de Cali. Teniendo en cuenta que en el PLAN ANUAL de VACANTES 2021 MEDE01.05.04.18.P08.F06\_V4, existen **Diecinueve (19) cargos en vacancia definitiva**, con la denominación Profesional Universitario, con código 219, grado 04, que se encuentran provistos mediante encargo, en nombramiento en provisionalidad o vacíos. Las cuales podrían se ser provistas en cumplimiento del Decreto 498 del 30 de marzo de 2020 y en cualquiera de ellas me siento capaz de desempeñar de manera satisfactoria las funciones que asigna el cargo.

4. **ORDENAR** a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, si usted lo considera pertinente, certificar la equivalencia de las vacantes actualmente disponibles y que son equivalentes al cargo de Profesional Universitario, grado 4, Código 219, Opec 54186.
5. **CONDENAR** a la tutelada al pago de perjuicios ocasionados por no acatamiento de lo decretado a órdenes de un juez constitucional.

### **MEDIDA CAUTELAR**

Honorable señor Juez Constitucional solicito muy respetuosamente, ordene suspender el uso de las vacantes definitivas de cargos iguales, similares o equivalentes en la Alcaldía de Santiago de Cali, Profesional Universitario, con código 219, grado 04, hasta que se resuelva el presente asunto. Lo anterior, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en mi contra, protegiendo así mi derecho adquirido, teniendo de presente que tengo el primer derecho de mérito dentro de la lista de elegibles para las vacantes no convocadas, en concordancia con la ley 909 de 2004, la Ley 1960 de 2019 y el Decreto 498 del 30 de marzo de 2020 que modifica el Decreto 1083 de 2015.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **1. Fundamentos Constitucionales**

- Principios constitucionales
- Artículo 13 Derecho a la igualdad
- Artículo 25 Derecho al Trabajo
- Artículo 29 Derecho al debido proceso
- Artículo 86 Acción de tutela
- Artículo 122 Empleo público
- Artículo 125 Carrera Administrativa

#### **2. Fundamentos Legales**

- Ley 909 de 2004, artículo 31 numeral 4
- Decreto 1083 de 2015 artículo 2.2.11.2.3
- Ley 1960 de 2019
- Decreto Ley 498 del 30 de marzo de 2020 que modifica el Decreto 1083 de 2015.

#### **3. Antecedentes Jurisprudenciales**

- Referencia: Expediente T-7.650.952, Sentencia T-340 de 2020, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, Acción de tutela



instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-340-20.htm>

1º. El día veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020), la Honorable Corte Constitucional – Sala Tercera de Revisión profirió la Sentencia T-340 de 2020, en la cual protegió los derechos fundamentales de JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS y ordenó a CNSC e ICBF usar su lista de elegibles para proveer una vacante Código 2125 Grado 17 denominado DEFENSOR DE FAMILIA, en virtud de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF.

Lo relevante de este fallo constitucional es lo siguiente:

a. Procedencia de la tutela en concursos de mérito:

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.

Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos, en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen:

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

En segundo lugar, las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante no se enmarca dentro del escenario de efectividad de las

medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, por las siguientes razones:

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

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

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

b. Consideraciones de la Honorable Corte Constitucional sobre la aplicación de la **Ley 1960 de 2019:**

“(…) 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”.

“(…) 3.6.5. 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”.

- Procedencia de Tutela para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público.

Sentencia T-958/09

Dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo llamado a prosperar para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público debido a que, para tal fin, existe la jurisdicción Contencioso Administrativa, instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. No obstante, el artículo 86 de la constitución señala que, excepcionalmente, la acción de tutela es procedente, pese a la existencia de otros medios de defensa judicial, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto en la Sentencia T-720 de 2005 (MP Humberto Sierra Porto) se sostuvo: “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. De conformidad con la precisión introducida por esta última disposición, para que la acción de tutela se torne improcedente no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario igualmente precisar su eficacia para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica realizar un estudio analítico del mecanismo judicial “ordinario” previsto por ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, realizar un estudio de las circunstancias del caso concreto en que se encuentra el solicitante.”

- Perjuicio Irremediable

Sentencia T-956/13

“En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables.

El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado.

Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia.

Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se

refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares.

Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal a la oportunidad de la urgencia.

- LA SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSOS DE MÉRITO

La regla general manifiesta que el ejercicio de la acción constitucional está limitado, entre otros, a eventos en los que no exista dentro de nuestro ordenamiento jurídico, algún mecanismo de protección, o si lo hay, este sea ineficaz para la prevención de ocurrencia de un perjuicio, cuyas repercusiones sean irremediables.

Bajo ese entendido, si bien, las actuaciones adelantadas dentro de los concursos de méritos oficiales, se componen de actuaciones administrativas, que pueden ser atacadas por los medios de control del trámite contencioso, la Corte Constitucional ha admitido que la tutela, al decidirse mediante un trámite sumario, protege con mayor efectividad los derechos de los aspirantes, pero no debe perderse de vista que estos concursos se componen de etapas perentorias, las que por su celeridad, no permiten a los participantes interponer acciones ordinarias, sin que esto derive en un perjuicio que no pueda ser remediado, puesto que para cuando sería proferida la decisión judicial dentro del trámite ordinario, este resulte, probablemente, inútil.

La Corte Constitucional manifiesta en su jurisprudencia:

T-509 de 2011

“La acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos de naturaleza residual y subsidiaria. Por ello su ejercicio se da cuando no existe otro medio de defensa judicial o cuando, a pesar de existir, no resulta idóneo y eficaz. Por tal razón, se hace imperante acudir a la tutela ya sea de manera transitoria o definitiva, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Respecto de la procedencia específica de la acción de tutela en los concursos de méritos es claro, en principio, que quienes se vean afectados por una decisión de este tipo podrán valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo para lograr la restauración de sus derechos. Sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para reponer dicha vulneración. Es así como la jurisprudencia reiterada de este tribunal Constitucional ha señalado que en estos casos las acciones contencioso administrativas no alcanzan una protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos ajenos a la esencia del concurso.”

- APLICACIÓN DE UNA NUEVA NORMA A UNA SITUACIÓN JURÍDICA NO CONSOLIDADA. EFECTO RETROSPECTIVO DE LA NORMA.

El artículo séptimo de la ley 1960 de 2019 establece que dicha norma rige a partir de su publicación, es decir, desde el día 27 de junio de 2019 y hacia el futuro. Pero, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado establece que la irretroactividad de la norma tiene unas excepciones y que para el caso en concreto donde una lista de elegibles aún tiene vigencia, es decir, que quienes se encuentren en espera de un probable nombramiento, solamente se cuenta con una mera expectativa. Por ende, se debe aplicar la nueva norma, es decir la 1960 de 2019 en el efecto RETROSPECTIVO, el cual ha sido definido por la jurisprudencia así:

#### Sentencia C-619-2001

Cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua.

Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquirido.

#### Sentencia T-389 – 09

En este orden, se tiene que el efecto temporal de las proposiciones jurídicas es por regla general, (i) la aplicación general, inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, y (ii) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal, esto es, que quien produce la norma tiene prima facie, la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

Luego, aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma. Este efecto temporal, coincide con la noción de los efectos temporales de actos jurídicos, denominados efectos ex nunc. Éstos suponen justamente, efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso

#### Sentencia T-110 – 11

La sección quinta del Consejo de Estado, distinguiendo entre los fenómenos de la irretroactividad y retrospectividad de la ley, ha precisado que la “ley tiene efectos de retroactividad cuando se aplica a situaciones jurídicas subjetivas consolidadas antes

de su vigencia. Salvo casos excepcionales las leyes no pueden ser aplicadas en ésta modalidad.

Se dice que la ley tiene efectos retrospectivos cuando la aplicación toma en cuenta situaciones no consolidadas antes de su vigencia. Esta aplicación sí está permitida, aunque sea más gravosa para el administrador, salvo que la ley diga lo contrario”

El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición.

Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados.

## **RAZONES DE DERECHO**

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. De tal manera consagro que por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público.

De acuerdo con lo anterior, el constituyente prohíbe claramente que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Según lo ha explicado la Honorable Corte Constitucional (Sentencias C-901 de 2008 y C-588 de 2009), 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 Constitucional 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.” (Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

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 tiene mérito 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”, la Corte Constitucional 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."

En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió 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"*, 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”. Así mismo, 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 parágrafo 1 de este artículo se dispuso que: "Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004".

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.

Sin embargo, 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.

- El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, **en el sentido de establecer que con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no 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”**.

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, La Corte Constitucional cambio su línea jurisprudencial y definió la aplicación en el tiempo de dicha norma, en sentencia T340 de 2020.

En ese orden de ideas, la Corte indicó que el uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, 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, y adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, la Corte indicó que aunque por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia, 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 define que si hay lugar a la aplicación del fenómeno de la RETROSPECTIVIDAD de la mencionada ley.

Textualmente indicó la Corte en sentencia T340 del 2020. *“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 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”.

Adicional a lo anterior, es importante tener en cuenta que el día 20 de enero de 2020, la Comisión Nacional del servicio Civil estableció que “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para **cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"**, entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.” (<https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>)

En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019 y el Decreto 498 de 2020, 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, la Corte Constitucional dispone 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 y el Decreto 498 de 2020.

Honorable Juez constitucional ruego a usted que tutele mis derechos fundamentales al acceso al empleo público, a la igualdad y al trabajo, que han sido vulnerados porque al igual que las personas que hacen parte de la lista de elegibles cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso en estricto orden de mérito y tienen derecho a la aceptación del cargo, al nombramiento y la posesión, yo también tengo derecho por ser el primero en la lista de elegibles después de que ocuparan estos cargos convocados, y poseo el mismo derecho de aceptación del cargo, nombramiento y la posesión para las vacantes definitivas de cargos iguales, similares o equivalentes que no fueron convocados en el proceso 437 de 2017 , pero que han surgido o que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, siendo este de Profesional universitario Grado 4, código 219.

### **PROCEDENCIA DE LA ACCION**

En sentencia T-024 del 2007 planteó la honorable corte constitucional respecto a la procedencia de la acción de tutela "... El artículo 86 de la carta política dispone que toda persona puede reclamar ante los jueces en todo momento y lugar el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales siempre que no cuente con otro medio judicial de protección y el artículo 6 del decreto 2591 de 1991 prevé que la existencia del recurso que enerva la acción de tutela se apreciará en concreto atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Señala la jurisprudencia respecto a la eficacia del medio judicial: *"Considera esta corporación que, cuando el inciso tercero del artículo 86 de la carta política se refiere a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..." Como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa, en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía"*

Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de los derechos fundamentales vulnerados a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al acceso a cargos públicos, así mismo, como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, es en el presente caso, la acción de tutela ya que, de acudir a las acciones contencioso administrativa, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad y eficiencia.

Sobre esto último, en la Sentencia T-059 de 2019, 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. (...)”*

## **JURAMENTO.**

Bajo la gravedad de juramento manifiesto que no he promovido acción de tutela alguna por los mismos hechos y para ante otra autoridad judicial.

## **PRUEBAS.**

Téngase como pruebas las que a continuación anexo:

1. Resolución No. CNSC - 20202320003235 DEL 13-01-2020, “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer DOS (2) vacantes definitivas del empleo, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 54186, del Sistema General de Carrera Administrativa de la ALCALDÍA DEL DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI, ofertado a través del Proceso de Selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca”.
2. Derecho de Petición con radicado No. 202041730100370802, ante la Alcaldía de Santiago de Cali
3. Respuesta a derecho de petición – radicado 202041370400029471, del Departamento Administrativo de Desarrollo e Innovación Institucional
4. Derecho de Petición con radicado No. 20203200541642 y código de verificación 27929, Ante la Comisión Nacional del Servicio Civil
5. Respuesta a derecho de petición 20203200541642– radicado 20201020475211 CNSC
6. CNSC CIRCULAR EXTERNA 0001-2020
7. PLAN ANUAL de VACANTES 2020
8. PLAN ANUAL de VACANTES 2021

## **ANEXOS**

1. Cedula de ciudadanía
2. Los relacionados en el acápite de pruebas

## NOTIFICACIONES

|             |   |
|-------------|---|
| Accionante: | <b>KATHERINE GIRALDO RESTREPO</b><br>Recibiré las notificaciones de manera electrónica en el correo <a href="mailto:katherin0127@hotmail.com">katherin0127@hotmail.com</a><br><br>O en la Calle 53 No. 98-91 Apto 301 Torre 02 Cali – valle del Cauca, Celular 3007063538   |
| Accionadas: | <b>ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI</b><br>La accionada recibe sus notificaciones judiciales en el correo electrónico <a href="mailto:notificacionesjudiciales@cali.gov.co">notificacionesjudiciales@cali.gov.co</a><br><br>O en el Centro Administrativo Municipal (CAM) Avenida 2 Norte #10 - 70. Cali - Valle del Cauca.<br><br><b>COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL</b><br>La accionada recibe sus notificaciones judiciales en el correo electrónico <a href="mailto:notificacionesjudiciales@cns.gov.co">notificacionesjudiciales@cns.gov.co</a><br><br>O en la Carrera 16 No. 96 - 64, Piso 7 - Bogotá D.C., Colombia<br>Sede Principal: Carrera 12 No 97- 80, Piso 5 - Bogotá D.C. |

Atentamente,



KATHERINE GIRALDO RESTREPO  
C.C. 1130598913