

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO

SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA N°31

Rad: 760013103011-2021-00245-01

Santiago de Cali, veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022)

I. ASUNTO

Se profiere sentencia de primera instancia dentro de la Acción de Tutela instaurada por YOLANDA LOANGO BALTAN en contra de la ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Manifiesta la actora que participó en la convocatoria Proceso de Selección No. 437 de 2017 para el Valle del Cauca, donde optó al cargo de Profesional Universitario código 219, grado 4 identificado con el Código OPEC 54186 del Sistema General de Carrera Administrativa del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, donde la Alcaldía de Cali ofertó dos vacantes para proveer el empleo identificado con el código antes mencionado.

Refiere que terminado el proceso de selección fue incluida en la lista de elegibles en la que ocupó el puesto Tercero de dicha lista; que en la segunda etapa de calificación y valoración de antecedentes, se suman puntos adicionales por experiencia y estudio quedó en el puesto No. 6 de la lista, debidamente conformada mediante Resolución CNSC- 20202320003235 del 13 de enero de 2020.

Que a la fecha se han ocupado dos cargos de los ofertados a proveer con la lista de elegibles, es decir que se han realizado los dos nombramientos correspondientes a las dos vacantes ofertadas a proveer; según información, estas personas superaron el periodo de prueba y se encuentran laborando; sin embargo, al consultar el plan anual de vacantes "MEDE01.05.04.18.P08.F06-V4" de la Alcaldía de Cali, publicado en la página https://www.cali.gov.co/documentos/4129/2021/MEDE01.05.04.18.P08.F06_V4, se evidencia que existen 20 cargos en vacancia definitiva identificados con el Código 219, grado 4, OPEC 54186; cargos que cumplen con los requisitos legales y tienen el mismo código, grado y OPEC de las vacantes ofertadas en el proceso de selección 437 de 2017, cumpliendo el requisito señalado en 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". Que con base en ese número de vacantes definitivas identificados con el Código 219, grado 4, OPEC 54186, las elegibles situadas en los puestos No. 3 y 4 de la lista ocupados por las señoras KATEHERINE GIRALDO RESTREPO y LEIDY JOHANNA FIGUEREDO RODRIGUEZ interpusieron acción de tutela por violación al derecho fundamental a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, acceso a cargos públicos, entre otros.

Indica que mediante sentencia No. 126 de fecha 2 de septiembre de 2021, el Juzgado Primero Administrativo de Oralidad de Cali, con radicado 76001-33-33-001-2021-00174-00, resolvió proteger los derechos fundamentales de la señora KATHERINE GIRALDO RESTREPO y ordenó al municipio de Cali y la Comisión Nacional del Servicio Civil realizar todos y cada uno de los trámites administrativos, financieros y presupuestales correspondientes a efectos de que se realice el nombramiento en periodo de prueba a la referida señora, en el empleo denominado Profesional Universitario, código 219, grado 4 del Municipio de Cali.

Igualmente, mediante sentencia 0217 de fecha 2 de noviembre de 2021, el Juzgado Tercero De Pequeñas Causas y Competencia Múltiple del Distrito Judicial de Cali-Sede Desconcentrada de Siloé, radicado 76001-41-89-003-2021- 00716-00, resolvió AMPARAR los Derechos Fundamentales a la Igualdad, Trabajo,

Debido Proceso, Mínimo Vital y Móvil y ordenó a la Alcaldía De Santiago De Cali-Departamento Administrativo de Desarrollo e Innovación Institucional realizar todos y cada uno de los trámites administrativos, financieros y presupuestales correspondientes a efectos de que se realice el nombramiento invocado por la señora LEIDY JOHANNA FIGUEREDO RODRIGUEZ.

Refiere que además de los 2 cargos ofertados y nombrados inicialmente por la Alcaldía de Cali, se han nombrado otros 2 cargos en cumplimiento de fallo de acción de tutela para un total de cuatro personas nombradas a la fecha de la lista de elegibles conformada mediante resolución CNSC-20202320003235 del 13 de enero de 2020; por lo que al estar la actora en el puesto 6, al nombrar estas cuatro personas pasó al puesto 2 de la lista de elegibles, por lo que, mediante derecho de petición enviado a la accionada Alcaldía con radicado No. 202141730102496792 del 23 de septiembre de 2021, solicitó que se decretara su nombramiento en periodo de prueba en un cargo en vacancia definitiva de los 20 cargos adicionales que surgieron con posterioridad al proceso de selección y publicados por la Alcaldía en el Plan Anual de Vacantes.

Manifiesta que, el día 24 de septiembre de 2021, la Alcaldía de Cali le respondió que no es posible solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil autorización para realizar el nombramiento en periodo de prueba, toda vez que no puede utilizarse la lista de elegibles para hacer otros nombramientos diferentes a los dos cargos ofertados en la convocatoria y por disposición legal no pueden hacer uso de la lista de elegibles para proveer cargos adicionales surgidos con posterioridad al proceso de selección.

Que presentó petición al Consejo Nacional del Servicio Civil el día 10 de noviembre de 2021, con radicado No. 2020RE002470, donde solicitó autorizar a la Alcaldía de Cali para que realice el nombramiento en periodo de prueba en un cargo de vacancia definitiva de los 20 cargos publicados en el Plan Anual de Vacantes, identificado con el Código OPEC 54186; petición que fue resuelta el 1° de diciembre de 2021, indicando que la Alcaldía de Cali no ha solicitado a dicha comisión la autorización para uso de lista de elegibles ni reportado vacantes adicionales. Así mismo, le manifestó que con ocasión a dar cumplimiento a fallo de acción de

tutela autorizó el uso de lista de elegibles para proveer 2 vacantes con las elegibles que continuaban en estricto orden de mérito y aclaró que los fallos de tutela son inter partes.

Que ante las respuestas negativas al no realizar el nombramiento en periodo de prueba en uno de los cargos de vacancia definitiva, se le están vulnerando los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, al acceso a cargos públicos, debido proceso y mínimo vital, causándole un daño irremediable puesto que la lista de elegibles de la cual reclama sus derechos tiene vigencia de 2 años y vence el 23 de enero del año 2022; adicionalmente, no cuenta con un empleo estable, siendo esta la oportunidad para mejorar su calidad de vida y la de su grupo familiar compuesta por 3 hijas que actualmente se encuentran estudiando y bajo su cargo.

B. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRETENSIONES

Pretende se protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, al acceso a cargos públicos, debido proceso, y mínimo vital. En consecuencia, se ordene a la Alcaldía Distrital de Santiago de Cali - Departamento Administrativo de Desarrollo e Innovación Institucional y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, realicen todos y cada uno de los trámites administrativos, financieros y presupuestales correspondientes a efectos de que se realice el nombramiento en periodo de prueba a la accionante YOLANDA LOANGO BALTÁN, identificada con la cédula de ciudadanía 25.717.341, en el empleo denominado Profesional Universitario, código 219, grado 4 OPEC 54186; adicionalmente, en día 13 de enero la actora allegó un memorial solicitando que en caso que el fallo sea resuelto favorablemente y de ser impugnado por las entidades accionadas, se ordene como medida previa la suspensión provisional del término de vigencia de la resolución CNSC 20202320003235 del 13 de enero de 2020 que conformó la lista de elegibles con fecha de vencimiento del 23 de enero de 2022, hasta que se profiera el fallo de segunda instancia.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

A. HECHOS

Admitida la presente acción constitucional por auto No. 1587 del 14 de diciembre de 2021, se dispuso notificar a las entidades accionadas y a las vinculadas, concediéndoseles el término de dos días para que alleguen su contestación, previniéndoseles que de no contestar se tendrán por ciertos los hechos en que se apoya el escrito de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 19 y 20 del decreto 2591 de 1991.

Ahora bien, proferida la sentencia No. 6 de enero 18 de 2022 por este Despacho, fue impugnada por la ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC, y mediante auto de fecha 10 de febrero de 2022 se dispuso obedecer y cumplir lo decidido por el Tribunal Superior de Cali-Sala Civil que por auto de fecha 8 de febrero de 2022 declaró la nulidad en la presente acción de tutela, y ordenó la notificación a los integrantes de la lista de elegibles para el cargo al que aspira la accionante, así como a las personas que actual y provisoriamente ocupan las vacantes del empleo en la Alcaldía de Santiago de Cali; actuación a partir de la cual se procedió a reiniciar el presente trámite con la notificación de dichas entidades.

B. CONTESTACIONES DE LA TUTELA

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Manifestó en su escrito de contestación, respecto de las pretensiones de la accionante, que dicha Comisión Nacional debe ser desvinculada de la presente acción, pues se advierte una falta de legitimación en la causa por pasiva, y si bien la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal de la Alcaldía de Santiago de Cali, lo cierto es que dicha Comisión no tiene competencia para administrar la planta de personal de la Alcaldía en mención, ni tiene la facultad nominadora y tampoco incidencia en la expedición de sus actos administrativos.

Que en atención a la petición de la actora, consultó el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad - SIMO, donde evidenció que a la fecha la Alcaldía de Cali no ha reportado vacantes adicionales que cumplan con el criterio de mismos empleos. Así como tampoco ha allegado Actos Administrativos que den cuenta de la movilidad de la lista; entonces se presume que no se presentó derogatoria ni revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento, así como tampoco acto administrativo que declarara la vacancia definitiva por configurarse una de las causales de retiro contempladas en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Finalmente, solicitó decidir desfavorablemente la solicitud de la accionante, debido a que dicha Comisión Nacional no ha vulnerado derecho fundamental alguno, dando correcta aplicación a las normas que rigen el concurso público de mérito y garantía de los derechos fundamentales que le asisten a los participantes que concursaron en el Proceso de Selección No. 437 de 2017 - Valle del Cauca.

**ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI-DEPARTAMENTO
ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL**

Manifiesta la accionada que la presente acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez en razón a que la lista de elegibles donde aparece la accionante fue expedida el 1 de enero del 2020 y que el plan anual de vacantes del año 2020, donde se reportan los empleos que le sirve de fundamento a la actora para basar sus alegaciones, fue publicado en enero del 2021, es decir, han transcurrido más de 21 meses para el caso de la lista de elegibles y 11 meses para el caso del plan anual de vacantes.

Refiere que según lo manifestado por la accionante en sus pretensiones, la autorización para hacer uso de la lista de elegibles no la expide la Alcaldía Distrital de Santiago de Cali; es proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y tampoco existe vacancia definitiva para el cargo que concursó la accionante, pues ya fueron provistos los empleos que salieron a concurso. Por otro lado, los fallos de tutela son inter partes y su aplicación no

es erga omnes, luego entonces sus efectos solo obligan a los intervinientes.

Que dicha entidad nombró en periodo de prueba a las personas que están en la lista de elegibles según las vacantes reportadas para la convocatoria 437-17, las que fueron dos (2) y ya fueron provistas, y aquellas vacantes generadas después de la realización del concurso no son objeto para ser ocupadas por las personas de la lista, teniendo en cuenta que esta convocatoria se originó bajo lo contemplado en la Ley 909 de 2004. Posteriormente, en cumplimiento de una orden judicial y en desacuerdo con dicha orden se nombraron a otras dos personas, por lo que los nombrados en este momento son 4 que excede al número de vacantes ofertadas que fueron 2.

De acuerdo a lo anterior, las vacantes definitivas aquí relacionadas que se encontraban al 31 de diciembre de 2020 en el Distrito no corresponden a las ofertadas en la Convocatoria 437 de 2017; como se evidencia, son vacantes que se reportaron posterior a la mencionada convocatoria y que se encuentran dispuestas para hacer parte de una nueva convocatoria de concurso abierto y de ascenso para proveerlas definitivamente.

Que el empleo denominado Profesional Universitario Código 219, grado 04, identificado con el código OPEC 54186 del Sistema General de Carrera Administrativa del Municipio de Cali, fue ofertado por la Alcaldía de Cali en la convocatoria 437 de 2017, bajo la ficha del manual Específico de Funciones y Competencias Laborales Decreto 0673 de 2016 a páginas 577-578 del Área Transversal Jurídico. Refiere que en cumplimiento de la circular externa N° 0012 y 0019 de 2020 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual se emite Instrucciones para el registro y la actualización de la Oferta Pública de Empleos de Carrera en SIMO, la Alcaldía de Santiago de Cali ha realizado periódicamente los reportes de las vacantes definitivas que se han generado, posterior a lo ofertado en la Convocatoria 437 de 2017; es así, que las vacantes definitivas que se han generado del empleo denominado Profesional Universitario, código 219 grado 04, el reporte se hace asignando a cada empleo la ficha del Manual Específico de Funciones y Competencia Laborales que le corresponde. Por tanto, la solicitud

de la actora que se le nombre en uso de la lista de elegibles no es posible, tal como ya le informó a la accionante en respuesta con radicado ORFEO No. 202141370400532301 del 15-09-2021, frente a las solicitudes presentadas por esta con radicados Nos. 202141730102404582 y 202141730102411402 del día 10 y 13 de septiembre del 2021.

Por otro lado, refiere que la presente acción de tutela carece de Subsidiariedad, puesto que la accionante pretende en su petición que se haga uso de la lista de elegibles, la cual fue expedida con acto administrativo por parte de la CNSC, inconformidad que puede ser debatida mediante el medio de control nulidad y restablecimiento ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. O si se quiere una acción de cumplimiento frente al uso de la lista de elegibles.

JUZGADO TERCERO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI- SEDE DESCONCENTRADA DE SILOÉ

El Juzgado vinculado, en respuesta a las pretensiones invocadas por la accionante, manifestó que conoció de un caso homólogo al planteado en la presente acción, donde refiere que:

"...Al respecto debo indicar que conocimos de la Acción de Tutela instaurada el 15/10/2021 por la señora LEIDY JOHANNA FIGUEREDO RODRIGUEZ, la cual se radicó bajo el No. 760014189003202100716600, siendo admitida mediante Auto Interlocutorio No. 2002 del 15 de Octubre de 2021, vinculando en calidad de Litis Consorte necesario a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, notificando a las partes, pretendiendo la accionante señora LEIDY JOHANNA FIGUEREDO RODRIGUEZ el amparo constitucional a los Derechos Fundamentales a la Igualdad, Trabajo, Debido Proceso, Mínimo Vital y Móvil, presuntamente vulnerados por la entidad ALCALDIA DE SANTIAGO DE CALI - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACION INSTITUCIONAL, en razón a no haber sido nombrada y posesionada en vacante del cargo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 4, de la planta global de cargos de la Alcaldía de Santiago de Cali.

Esta instancia, una vez examinadas las respuestas ofrecidas por las entidades accionada y vinculada, y teniendo en cuenta referentes jurisprudenciales, a través de la Sentencia No. 0217 fechada el 2 de Noviembre de 2021 resolvió tutelar los Derechos Fundamentales vulnerados a la señora LEIDY JOHANNA FIGUEREDO RODRIGUEZ, por la entidad ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL., ordenando a la ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL, REALIZARA dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de dicha providencia, todos y cada uno de los trámites administrativos, financieros y presupuestales correspondientes a efectos de realizar el nombramiento en periodo de prueba a la señora LEIDY JOHANNA FIGUEREDO RODRIGUEZ, entre otros.

La anterior decisión fue objeto de alzada ante el superior jerárquico por parte de ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, de la cual tuvo conocimiento el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, quien revocó la decisión proferida por esta instancia judicial, ordenando en su defecto a la ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de su providencia, solicitara a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC la autorización del uso de la lista de elegibles y efectuara los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba a la señora LEIDY JOHANNA FIGUEREDO RODRIGUEZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.144.930, en el empleo identificado, denominado Profesional Universitario, Código 218, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 54186, conforme a sus argumentos de índole administrativo.

Es de informar a su señoría, que la señora LEIDY JOHANNA FIGUEREDO RODRIGUEZ, radicó en este despacho el día 22 de noviembre de 2021, incidente ante el presunto incumplimiento de las ordenes impartidas, trámite que se encuentra terminado por las razones anteriormente expuestas...".

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE

CALI

El Juzgado vinculado en respuesta a las pretensiones invocadas por la accionante, procedió a remitir el correspondiente link del expediente digital de tutela adelantado en dicha dependencia judicial bajo radicado No. 76001333300120210017400, a efectos de poder revisar las actuaciones surtidas en el mismo que corresponden a las actuaciones en un caso homólogo al que se adelanta en esta Dependencia judicial, donde se resolvió de manera favorable las pretensiones de la actora en los siguientes términos: *"...PRIMERO: CONCEDER la protección solicitada por la señora Katherine Giraldo Restrepo, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía nro. 1.130.598.913, en salvaguarda de sus derechos fundamentales a la igualdad, derecho al trabajo, derecho al debido proceso y el derecho al acceso a cargos públicos. SEGUNDO: ORDENAR al municipio de Cali y la Comisión Nacional del Servicio Civil, realicen dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, todos y cada uno de los trámites administrativos, financieros y presupuestales correspondientes a efectos de que se realice el nombramiento en periodo de prueba a la señora Katherine Giraldo Restrepo, en el empleo denominado Profesional Universitario, código 219, grado 4 del Municipio de Cali, de acuerdo con lo consignado en la parte considerativa de esta decisión..."*.

Decisión que fue impugnada por las accionadas y posteriormente confirmada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Este Despacho judicial procedió a realizar la respectiva Inspección Judicial del expediente de tutela remitido por el Juzgado vinculado, dejando constancia de la misma.

VINCULADA MARICEL ARIZA TORRES

Refiere que es servidora pública adscrita a la Secretaría de Movilidad de Santiago de Cali, en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIA, CODIGO 219, GRADO 04, con funciones de INSPECTOR DE TRANSITO; que como funcionaria de planta de la Alcaldía

de Santiago de Cali, su nombramiento se realizó el 25 de julio del año 1989 y desde esa fecha esta vinculada a la misma, donde actualmente se desempeña en el cargo de Profesional universitario Código 219 Grado 4 en la Secretaria de Movilidad de Santiago de Cali, cumpliendo funciones de inspector de tránsito, mediante convocatoria interna No. 56 de 2018 que realizó la administración municipal de Santiago de Cali, pues para esa fecha se desempeñaba como Comisaría de Familia y cumplía con todos los requisitos para ocupar dicho cargo. Refiere que el cargo que desempeña no entró a concurso, ya que fue creado con posterioridad a la convocatoria 437 de 2017 realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y las funciones que desempeña en la Secretaría de Movilidad no son ni iguales ni equivalentes a las aspiradas por la accionante.

VINCULADO RUBEN DARIO MARTINEZ HERNANDEZ

Refiere que el cargo que desempeña actualmente no forma parte del concurso objeto de la presente acción, el que fue creado en el 2018, es decir con posterioridad a la convocatoria 437 de 2017 y pertenece al área funcional de la SECRETARIA DE MOVILIDAD, SUBSECRETARIA DE MOVILIDAD SOSTENIBLE Y SEGURIDAD VIAL DE SANTIAGO DE CALI, y actualmente se desempeña como Profesional Universitario 219 grado 04, con Código OPEC # 74267 con funciones específicas de Inspector de Tránsito, desde el día 01 de Febrero de 2019 por convocatoria interna No 56 de 2018, realizada por la administración municipal. Que no todos los Profesionales Universitario 219 grado 04 tienen las mismas funciones, pues cada uno tiene funciones específicas, y para el cargo que actualmente ocupa, fijó unos criterios muy diferentes a los que tiene el código OPEC 54186 y no puede hablarse de ninguna homologación o semejanza. Por lo que refiere debe negarse la presente acción.

VINCULADO JESUS ANTONIO CHICA HINCAPIE

Manifestó que es funcionario de planta en encargo como Profesional Universitario, grado 4, en la Alcaldía de Cali, cuyo nombramiento se realizó el 14 de diciembre de 1982; que durante más de 18 años se ha desempeñado como profesional universitario y

actualmente cumple las funciones especiales de Inspector de Tránsito. Indica que el cargo se creó precisamente después de la presentación de oferta por parte de la Alcaldía para la convocatoria 437 de 2017, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es decir, este cargo no fue ofertado. Finalmente, manifestó que se encuentra en periodo de prejubilación por reten social y goza de especial protección por el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

VINCULADO DIEGO FERNANDO BONILLA BARON

Refiere el vinculado que el cargo que ocupa actualmente no entró a concurso, ya que fue creado en el 2018 con posterioridad a la convocatoria 437 de 2017 y pertenece al área funcional de la SECRETARIA DE MOVILIDAD, SUBSECRETARIA DE MOVILIDAD SOSTENIBLE Y SEGURIDAD VIAL DE SANTIAGO DE CALI. Que actualmente se desempeña en la Secretaria de Movilidad como Profesional Universitario 219 grado 04, con Código OPEC # 74267 con funciones específicas de Inspector de Tránsito, desde el día 01 de febrero de 2019, por Convocatoria interna No 56 de 2018 que hizo la administración. Refiere que no todos los Profesionales Universitario 219 grado 04 tienen las mismas funciones, y para el cargo que actualmente ocupa existe unos criterios muy diferentes a los que tiene el código OPEC 54186, por ello, no puede hablarse de ninguna homologación o semejanza respecto del cargo para el que aplicó la accionante.

VINCULADA SANDRA LILIANA LOAIZA JARAMILLO

Indicó que es servidora pública en carrera Administrativa desde el año 2011 y se vinculó a la administración Municipal después de haber ganado el concurso de la Comisión Nacional del Servicio Civil del año 2005. Que en cuanto al cargo que desempeña actualmente, no entró a concurso pues fue creado en el 2018, con posterioridad a la convocatoria 437 de 2017 y pertenece al área funcional de la SECRETARIA DE MOVILIDAD, SUBSECRETARIA DE MOVILIDAD SOSTENIBLE Y SEGURIDAD VIAL DE SANTIAGO DE CALI y actualmente se desempeña en la Secretaria de Movilidad como Profesional Universitario 219 grado 04 (E) con funciones específicas

de Inspector de Tránsito desde el día 02 de enero de 2019, mediante convocatoria interna No 56 de 2018 realizada por la administración municipal y que aplicó para el cargo debido a que para ese entonces se desempeñaba como Comisaria de Familia desde el año 2014 y cumplía con todos los requisitos para ocupar dicho cargo, título de abogada, con especialidad y tiempo de experiencia, y que no todos los Profesionales Universitario 219 grado 04 tienen las mismas funciones, pues cada uno tiene funciones específicas.

VINCULADA MARIA DEL PILAR HOLGUIN AGUILAR

En su escrito de contestación solicitó que se ordene a la Alcaldía Distrital de Santiago de Cali - Departamento Administrativo de Desarrollo e Innovación Institucional y a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, realizar todos y cada uno de los trámites administrativos, financieros y presupuestales correspondientes a efectos de que se realice su nombramiento en periodo de prueba en el empleo denominado Profesional Universitario, código 219, grado 4 OPEC 54186 o en un cargo similar de conformidad al manual de funciones y de acuerdo a mi nivel de profesional o de escolarización, teniendo en cuenta la prioridad existente y que le asiste, por ocupar el quinto (5) lugar en la lista de elegibles y que el número de vacantes relacionados con el código 219 grado, OPEC 5418 asciende a 19 vacantes para proveer cargos definitivos, según "EL PLAN ANUAL DE VACANTES". Adicionalmente solicitó que se ordene a la Alcaldía Distrital de Santiago de Cali - Departamento Administrativo de Desarrollo e Innovación Institucional y a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, realizar todos y cada uno de los trámites administrativos, financieros y presupuestales correspondientes a efectos de que se realice su nombramiento en periodo de prueba en el número de vacantes relacionados con el código 219 grado, OPEC 5418 que asciende a 19 vacantes para proveer cargos definitivos, según EL PLAN ANUAL DE VACANTES y de conformidad a lo establecido en la lista de elegibles conformada en la Resolución CNSC - 20202320003235 del 13 de enero de 2020

VINCULADA SANDRA CARMENZA BOLAÑOS JURADO

En el escrito de contestación manifestó que participo en la referida convocatoria para el mismo cargo de Profesional Universitario, grado 4, Código 219 OPEC 54186, y quedó en el puesto 16 de la lista de elegibles conformada por la Resolución No. CNSC-20202320003235 del 13 de enero de 2020. Por lo que refiere que la accionada Alcaldía se ha negado a dar aplicación a las Leyes 1960 de 2019, 909 de 2004, Decreto 498 de 2020 y Decreto 1083 de 2015. Por último, indicó que es una madre cabeza de familia y no tiene un trabajo estable. Por lo tanto, solicita de igual manera el amparo de las garantías constitucionales, en consecuencia, se le nombre en el empleo de profesional universitario en el menor tiempo posible.

VINCULADO FABIAN JOSE ZUÑIGA

Refiere que se encuentra en lista de elegibles y en similares circunstancias a la accionante, por lo que se acoge a las pretensiones de la demandante, al encontrarse en lista de elegibles en la convocatoria Cali, dentro de la OPEC de la referencia y solicita se nombre en periodo de prueba, con el fin de acceder a carrera administrativa en la Alcaldía de Cali.

IV. CONSIDERACIONES

MARCO NORMATIVO

Este Despacho es competente para conocer y adelantar el presente proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, en el que se predica que toda persona cuenta con la acción de tutela como mecanismo para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante trámite preferente y sumario por sí mismo o por quien actúe en su nombre la protección inmediata de sus derechos fundamentales constitucionales cuando quiera que los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos definidos en la Ley.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales reclamados por la accionante, al negarle el nombramiento en posesión en el cargo de Profesional Universitario, con código 219, grado 04. Ello, en cumplimiento a la Resolución CNSC-20202320003235 del 13 de enero de 2020, 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" y a la Ley 909 de 2004, en su artículo 31 numeral 4, modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

PRECEDENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES:

La acción de tutela es un mecanismo extraordinario, instituido para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que se derive de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley, sin que pueda erigirse en una vía sustitutiva o alternativa de los medios ordinarios de defensa que el ordenamiento jurídico ha consagrado para salvaguardarlos, a menos que éstos se tornen ineficaces y el amparo sea utilizado como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irreparable.

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

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

Según lo ha explicado esta Corporación¹, la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de

¹ Ver Sentencias C-901 de 2008 y C-588 de 2009.

los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

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

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito "constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."².

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

² Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

dichos resultados, designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

Con la expedición de Ley 909 de 2004³, a fin de regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera, en el artículo 27 se definió la carrera administrativa como "un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público". Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se hará exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad. Dentro de este contexto, el artículo 28 enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran: el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

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

Así pues, en la Ley 909 de 2004 se establecieron las etapas del proceso de selección o concurso⁴, 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

³ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

⁴ Artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

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 2012⁵, estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el párrafo 1 de este artículo se dispuso que: "Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004".

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

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

⁵ Este artículo fue derogado y compilado en el artículo 2.2.5.3.2. Decreto 1083 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 498 de 2020.

y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

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

...Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir

si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe⁶, así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir "se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto"⁷.

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, "pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"⁸. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

...Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de

⁶ Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁷ Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁸ Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad** y que correspondan a los **"mismos empleos"**, 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."⁹.

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.

V. CASO CONCRETO

En el presente caso se tiene que la señora Yolanda Loango Baltan participó en la convocatoria Proceso de Selección No. 437 de 2017 para el Valle del Cauca, donde optó al cargo de Profesional Universitario código 219, grado 4 identificado con el Código OPEC 54186 del Sistema General de Carrera Administrativa del

⁹ Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>.

Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali quedando en sexto lugar de la lista de elegibles. Indica que si bien la Alcaldía de Cali ofertó dos vacantes para proveer dicho cargo, los que ya fueron ocupados con la lista de elegibles, no obstante, al consultar el plan anual de vacantes de la Alcaldía de Cali, publicado en la página https://www.cali.gov.co/documentos/4129/2021/MEDE01.05.04.18.P08.F06_V4, se evidencia que existen 20 cargos en vacancia definitiva que cumplen con los requisitos legales y tienen el mismo código, grado y OPEC de las vacantes ofertadas en el proceso de selección 437 de 2017.

Refiere que con base en ese número de vacantes definitivas las elegibles situadas en los puestos No. 3 y 4 de la lista ocupados por las señoras KATEHERINE GIRALDO RESTREPO y LEIDY JOHANNA FIGUEREDO RODRIGUEZ, interpusieron acción de tutela que fue resuelta favorablemente en primera instancia por los Juzgados Primero Administrativo de Oralidad de Cali con radicado 76001-33-33-001-2021-00174-00 y el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple del Distrito Judicial de Cali-Sede Desconcentrada de Siloé con radicado 76001-41-89-003-2021-00716-00 respectivamente y confirmadas en segunda instancia. Que por tanto al estar la actora en el puesto 6 actualmente ocupa el puesto 2 de la lista de elegibles, por lo que mediante derecho de petición enviado a la accionada Alcaldía, con radicado No. 202141730102496792 del 23 de septiembre de 2021, solicitó que se decretara su nombramiento en periodo de prueba en un cargo en vacancia definitiva de los 20 cargos adicionales que surgieron con posterioridad al proceso de selección y publicados por la accionada, en aplicación a lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998"; solicitud que fue negada por las entidades accionadas, razón por la que refiere se le están vulnerando los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, al acceso a cargos públicos, debido proceso y mínimo vital, causándole un daño irremediable, puesto que la lista de elegibles de la cual reclama sus derechos tiene vigencia de 2 años y vence el 23 de enero del año 2022.

La accionada Comisión Nacional solicitó la desvinculación de la presente acción por falta de legitimación en la causa por pasiva, al manifestar que ésta no tiene competencia para administrar la planta de personal de la Alcaldía en mención, ni tiene facultad nominadora ni tampoco incidencia en la expedición de sus actos administrativos, y que a la fecha la Alcaldía de Cali no ha reportado vacantes adicionales que cumplan con el criterio de mismos empleos de las vacantes ofertadas en el proceso de selección 437 de 2017.

Por su parte la accionada Alcaldía señala, entre otras cosas, que la presente acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez en razón a que la lista de elegibles donde aparece la accionante fue expedida el 1 de enero del 2020 y el plan anual de vacantes del año 2020 donde se reportan los empleos que le sirve de fundamento a la actora para basar sus alegaciones, fue publicado en enero del 2021, por lo que han trascurrido más de 21 meses para el caso de la lista de elegibles y 11 meses para el caso del plan anual de vacantes. Así mismo, refiere que carece de Subsidiariedad, puesto que la solicitud de la accionante deriva de la expedición de un acto administrativo por parte de la CNSC, inconformidad que puede ser debatida mediante el medio de control nulidad y restablecimiento ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa o una acción de cumplimiento frente al uso de la lista de elegibles.

En primer lugar, se tiene que la señora Yolanda Loango Baltan se encuentra legitimada en la causa por activa para promover el amparo de sus derechos fundamentales, pues se trata de la directamente afectada con la decisión de las entidades accionadas ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC.

Respecto de la legitimación por pasiva, el artículo 86 de la Constitución establece que: *"... la tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales,*

cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley". En este sentido, no cabe duda de que la acción de tutela es procedente contra las entidades accionadas, pues se trata de autoridades públicas que mediante derecho de petición resolvieron de manera negativa la solicitud de nombramiento y posesión al cargo de Profesional Universitario código 219, grado 4; situación que involucra la función de administrar la planta de personal en el caso de la Alcaldía accionada y respecto de la Comisión, la encargada de administrar las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer estos cargos.

Ahora bien, en cuanto al principio de inmediatez se observa que se cumple con dicho requisito de procedibilidad, en tanto las respuestas emitidas por las accionadas ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC respecto de la solicitud de nombramiento y posesión de la actora en el cargo objeto de discusión, corresponden al 24 de septiembre y 1° de diciembre de 2021 respectivamente y la acción de tutela se presentó el 13 de diciembre del mismo año, por lo que se encuentra dentro del término razonable para su presentación.

Por otro lado, la acción de tutela, creada para la protección de los derechos fundamentales en general, exige como presupuesto de procedibilidad el agotamiento de los medios ordinarios de defensa judicial cuando estos existan. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al indicar que la tutela no está diseñada para suplantar los medios legales que los ciudadanos tienen a su disposición para la defensa de sus derechos¹⁰; no obstante, se requiere evaluar concretamente la aptitud de dichos medios con miras a conjurar o precaver la eventual vulneración de derechos de estirpe fundamental y evitar la configuración de un perjuicio irremediable¹¹.

En el presente caso, la acción de tutela es procedente por vía de excepción, puesto que se cuestionan actos

¹⁰ Sentencia T-471 de 2015.

¹¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, como lo ha señalado la Corte en Sentencia T-059 de 2019¹², pues más allá de la causación de un perjuicio irremediable, también se debe examinar la eficacia del medio existente y de la viabilidad de las medidas cautelares; teniendo en cuenta la naturaleza del asunto objeto de inconformidad, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo prevalente, la protección del mérito como principio fundamental de un Estado democrático. Entonces, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos¹³, dentro del contexto evidente de amparo al mérito como principio fundamental de orden Constitucional; lo anterior por cuanto la accionante actualmente ocupa el segundo lugar en la lista de elegibles, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria y posteriormente los lugares 3 y 4 de la lista de elegibles, ocupados por vía de tutela en casos homólogos al que aquí se adelanta por la señora Yolanda Loango Baltan; por lo que al existir cargos en vacancia que tienen el mismo código, grado y OPEC de las vacantes ofertadas en el proceso de selección 437 de 2017 para el cual concursó la actora, según el plan anual de vacantes publicado por la Alcaldía de Cali, dicha controversia implica el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y se convierte en un asunto de carácter Constitucional.

De igual forma, por tratarse de una reclamación de derechos fundamentales objeto de una respuesta negativa por parte de la Administración y en caso de proferirse una decisión definitiva a través de la jurisdicción ordinaria, la lista de elegibles para la cual aplicó la accionante (vigencia de 2 años, vence el 23 de enero del año 2022) ya no estaría vigente; entonces la accionante no podría ocupar el cargo al que refiere tiene derecho, lo que conlleva a una actuación contraria al art. 2 de la Constitución que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos¹⁴. Por ello, se advierte la falta de eficacia e idoneidad

¹² M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹³ Ver, entre otras, Sentencia T-654 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ En un caso similar, en el que se cuestionaba la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles, la Corte consideró que la acción de tutela es el mecanismo judicial eficaz e idóneo "cuando

por la vía ordinaria de lo contencioso administrativo para dar respuesta a la controversia planteada y amerita estudio a través del presente trámite Constitucional.

De conformidad con lo anterior, con fundamento en 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"*, que introdujo cambios en la Ley 909 de 2004 concretamente con la modificación del artículo 31 de la referida ley, donde se establece 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"*¹⁵.

Dentro de este contexto, es relevante mencionar que existen circunstancias que excepcionalmente pueden variar dependiendo de la aplicación a que haya lugar, la cual puede ser retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma; de tal suerte que al verificar los hechos y pretensiones dentro del presente asunto, se evidencia que por tratarse de una convocatoria con fecha anterior a la expedición de la Ley 1960 de 2019, se dan los presupuestos legales para dar aplicación al fenómeno de la retrospectividad, el cual 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"*¹⁶. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

En ese orden de ideas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a casos de aquellas personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer, como ocurrió

se corre el riesgo de que en el trámite de una de las vías con que pueda contar el tutelante, la lista de elegibles pierda vigencia y la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento". Sentencia T-319 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁵ Artículo 6 la Ley 1960 de 2019.

¹⁶ Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

con la señora Yolanda Loango Baltan, la que ocupó el lugar sexto en la lista. Entonces de ser las siguientes en orden y si existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Nótese que en el presente caso al momento de interponer la presente acción se encontraba vigente la lista donde la accionante ocupa actualmente el segundo lugar y al contar con 20 cargos vacantes con la misma denominación, código y grado, según se evidencia en el Plan Anual de vacantes expedido por el municipio de Cali con fecha 29 de enero de 2021 suscrito por el Subdirector de Gestión Estratégica de Talento Humano de dicha entidad, si bien la accionada no ha reportado las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, lo cierto es que se trata de nuevas vacantes generadas con posterioridad y que corresponden a mismos empleos de la convocatoria de Proceso de Selección No. 437 de 2017 para el Valle del Cauca, con la misma denominación, grado, código y asignación básica, contrario a lo manifestado por la accionada Alcaldía en su escrito de contestación, al referir que no se trata del mismo empleo para el que concursó inicialmente la actora.

Así mismo, llama la atención al Despacho que de la publicación del Plan Anual de vacantes expedido por el municipio accionado con fecha 29 de enero de 2021, no aparece número alguno relacionado que indique que no se trata de la OPEC aquí cuestionada, *contario sensu* se evidencia que corresponde a cargos con la misma denominación (profesional universitario), código (219) y grado (4) para el que concurso la actora; de igual forma, de las respuestas y anexos allegados por los vinculados nombrados en encargo por la accionada Alcaldía como Inspectores de Tránsito se echa de menos de las resoluciones de nombramiento el referido número de OPEC a que hacen mención en los hechos que relacionan y que supuestamente se trata de cargos diferentes al que aquí nos concierne.

Por lo anterior, se dan los presupuestos legales para conceder el amparo tutelar al evidenciar la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, en tanto se ordenará a las entidades accionadas ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI-DEPARTAMENTO

ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC, en uso de las facultades y competencia que a cada una corresponda, para que adelanten los trámites financieros y presupuestales correspondientes a realizar el nombramiento en periodo de prueba a la señora Yolanda Loango Baltan, en el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 4 del Municipio de Cali.

En cuanto a la solicitud de la actora de suspensión provisional de los términos de la resolución CNSC- 20202320003235 del 13 de enero de 2020 emitido por la CNSC con vigencia hasta el 23 de enero de 2022, se entiende que en materia Constitucional tratándose de fallos de tutela, no hay lugar a su pronunciamiento, puesto que dichas actuaciones por la naturaleza del asunto y por tratarse de vulneración de derechos fundamentales, los términos que se encuentran en curso frente a actuaciones de cualquier tipo objeto de tutela, ya sea público o privado, se entenderán interrumpidos hasta tanto no quede en firme la decisión; lo anterior en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de los accionantes.

Por último, frente a las pretensiones presentadas a través de escrito por los señores Sandra Carmenza Bolaños Jurado, María del Pilar Holguín Aguilar y Fabian José Zúñiga Torres como vinculados, éstas se tornan improcedentes, pues en materia de tutela los fallos tienen estrictos efectos inter partes, por ello el interés que le asiste a cada uno de ellos, debió ser presentado independiente y oportunamente en contra de las entidades accionadas, en aras de garantizar sus derechos fundamentales.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos vulnerados a la señora YOLANDA LOANGO BALTAN por la

ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC.

SEGUNDO. ORDENAR a la ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC, por conducto de su representante legal o a quien corresponda, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, en uso de las facultades y competencia que a cada una corresponda, adelanten todos y cada uno de los trámites administrativos, financieros y presupuestales correspondientes a efectos de que se realice el nombramiento en periodo de prueba a la señora Yolanda Loango Baltan, en el empleo denominado Profesional Universitario, código 219, grado 4 del Municipio de Cali, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente fallo.

TERCERO: Declarar improcedentes las pretensiones de los vinculados Sandra Carmenza Bolaños Jurado, María del Pilar Holguín Aguilar y Fabian José Zúñiga Torres, conforme lo manifestado en precedencia.

CUARTO: Notifíquese la presente decisión a las partes en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Ordenar a la entidad accionada, ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE DESARROLLO E INNOVACIÓN INSTITUCIONAL, realizar la notificación del presente fallo, a todas las personas vinculadas y que actual y provisoriamente ocupan las vacantes de los empleos en la Alcaldía de Santiago de Cali en los cargos denominados Profesional Universitario Código 219, grado 04 de la lista publicada en el Plan Anual de Vacantes expedido por el Municipio de Santiago de Cali el día 29 de enero de 2021 y suscrito por el Subdirector de Gestión Estratégica del Talento Humano. Así mismo, se sirva publicar la comunicación de notificación en la página web de la ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI, y debe hacer llegar las constancias al correo electrónico del Juzgado Once Civil del Circuito de Cali (j11cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co).

SEXTO: Ordenar a la entidad accionada, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC, realizar la notificación del presente fallo, a todos y cada uno de los miembros de la lista de elegibles proferida a través de Resolución No. CNSC - 20202320003235 del 13 de enero de 2020. Así mismo, se sirva publicar la comunicación de notificación en la página web de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, y debe hacer llegar las constancias al correo electrónico del Juzgado Once Civil del Circuito de Cali (jl1cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co).

SEPTIMO: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión en los términos del Inciso 2° del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de no ser impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;

El Juez,

NELSON OSORIO GUAMANGA

ESP

Firmado Por:

Nelson Osorio Guamanga
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 011
Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **024f3ebba7a51dc624e34f5f38f000d81ceaf2cb9c673a7eea0965a021ddc774**

Documento generado en 22/02/2022 11:22:05 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>