	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	**Nueve (9) de junio de dos mil veintidós (2022)**

SENTENCIA No.063

ACCIÓN	**TUTELA**
DEMANDANTE	**JULIO CESAR MENESES MURILLO**
ACCIONADAS	**COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC Y MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**
RADICADO	**76001-33-33-009-2022-00113-00**

1. ANTECEDENTES

1.1.- Petición de amparo:

El señor Julio Cesar Meneses Murillo interpuso acción de tutela contra la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC y la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali, al considerar vulnerados sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo -acceso a cargos públicos-.

Como fundamentos fácticos relevantes, expuso que:

-. La Comisión Nacional del Servicio Civil y la Gobernación del Valle del Cauca, a través de acuerdo CNSC 20171000000256 del 28 de noviembre de 2017, convocaron a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali, proceso de selección 437 de 2017.

-. Se inscribió para el empleo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 6, identificado con el código OPEC 74089, para el cual se ofertaron 28 empleos. De esa manera, señaló que ocupa el puesto 47 de esa convocatoria.

-. Solicitó información a la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali sobre la OPEC no. 74089 de la convocatoria 437 de 2017. De esa manera, el ente territorial contestó esa petición y manifestó que 23 personas habían sido posesionadas, 2 habían renunciado al cargo, 10 desistieron del nombramiento y una (1) solicitó prorroga. En ese orden de ideas, adujo que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC había emitido dos firmezas de listas de elegibles de fechas 9 de julio y 3 de noviembre de 2020 y que no había autorizado el uso de listas para las cinco vacantes que se habían generado. Finalmente, informó que el proceso de nombramiento va en la posición 36.

-. En el plan de vacantes 2022, en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 6, se encuentran 12 vacantes definitivas por proveer en la planta global de la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali. En ese sentido, expresó que cuenta con una posición meritoria en la lista de elegibles no. 20202320052505, para ser nombrado en una de esas vacantes.

-. Varios cargos de la convocatoria 437 de 2017, del empleo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 6, no han sido ofertados por parte de la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali y de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, siendo un deber legal y no una potestad por parte de las mencionadas entidades.

En atención a lo anterior, solicitó que, previo amparo de los derechos invocados, se ordene:

-. A la entidad territorial:

1.- Verificar en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia o similitudes con el empleo identificado con el código OPEC No. 74089, denominado, Auxiliar Administrativo, código 406, grado 6, o con los que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro, aún de manera posterior a la fecha en que se realizó la convocatoria No. 437 de 2017.

2.- Solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, el uso de la lista de elegibles que actualmente se encuentra conformada para la provisión de dicho cargo.

3.- Expida el certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta el uso de la lista de elegibles, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

4- Efectúe su nombramiento en el empleo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 6 de la OPEC no. 74089 de la convocatoria 437 de 2017, toda vez que dentro de la planta global del ente territorial existen vacantes del mismo cargo al que se presentó, sin que hayan sido ofertadas.

5.- Suspender la vigencia de todas las listas de elegibles mientras se da cumplimiento al fallo de tutela.

-. A la Comisión Nacional del Servicio Civil:

1.- Proveer con la lista de elegibles No. 20202320052505 los empleos equivalentes a la OPEC No. 74089, con la denominación Auxiliar Administrativo, código 406, grado 6, que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro, aún de manera posterior a la fecha en que se realizó la convocatoria No. 437 de 2017.

1.2.- Trámite:

Mediante auto 292 del 26 de mayo de 2022, el Despacho admitió la presente acción contra la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC y la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali y ordenó requerirlas para que rindiera informe sobre los hechos de la demanda, allegara las pruebas que considerara pertinente y recaudara la información ante las dependencias que fuesen necesarias. La anterior decisión fue notificada junto con el escrito de tutela a las partes.

Así mismo, se requirió a la parte accionante para que aclarara y precisara los hechos y pretensiones de la acción de tutela. Guardó silencio.

De la misma manera, requirió a la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC y a la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali, para que publicaran en la página web de esas entidades un aviso informando de la existencia de la presente acción, con el fin de que las personas que presentaron la convocatoria 437 de 2017, en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 6, y se vieran afectadas por las decisiones que se tomaran, se pronunciaran. En ese sentido, también se solicitó a la Rama Judicial hiciera esa publicación.

Finalmente, se requirió a la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali para que respondiera las preguntas del acápite "DECRETO DE PRUEBAS" que se encontraban dentro del escrito de tutela, y aportara pruebas.

Por su parte, las demandadas rindieron el informe requerido por el Despacho[1].

1.3.- Contestación de la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC [2]:

La Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC contestó la demanda dentro del término otorgado para ello, argumentando que:

-. En el marco del proceso de selección no. 437 de 2017 – Valle del Cauca se ofertaron 28 vacantes para proveer el empleo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 6, identificado con el código OPEC no. 74089 del Sistema General de Carrera Administrativa de la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali. Agotadas las fases del concurso, mediante la Resolución 20202320052505 del 8 de abril de 2020 se conformó la lista de elegibles para proveer las vacantes ofertadas (vigencia hasta el 2 de noviembre de 2022).
-. Durante la vigencia de la lista, el municipio de Santiago de Cali reportó movilidad de la lista para las posiciones 3, 4, 5, 13, 17, 24, 26, 29, 30, 32 y 33, entendida la movilidad, en el marco del uso de las listas, como la novedad que se genera sobre la lista de elegibles por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria, revocatoria o la declaratoria de vacancia definitiva de un empleo por configurarse una causal de retiro establecida en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupara posición meritoria, de conformidad con el número de vacantes ofertadas. En ese sentido, adujo que las vacantes ofertadas se encuentran provistas con elegibles ubicados en las posiciones de la uno (1) al treinta y nueve (39).

-. Lo referente al estado actual de las vacantes definitivas habría de ser resuelta por la entidad nominadora, toda vez que esa información es de resorte exclusivo de la misma.

-. Una vez consultado el SIMO y de conformidad con lo establecido en la circular 11 de 2021, constató que, durante la vigencia de la lista, el municipio de Santiago de Cali no reportó la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismo empleo respecto de la existencia de la lista mencionada.

-. En el Banco Nacional de Lista de Elegibles pudo corroborar que el señor Julio Cesar Meneses Murillo ocupó la posición 47 en la lista de elegibles conformada en la Resolución

[1] Ver anexo 007 y 008 del expediente digital.
[2] Ver anexo 007 del expediente digital.

20202320052505 del 8 de abril de 2020, en ese sentido, agregó que no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

-. No resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrase pendiente autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, en consonancia con lo establecido en el criterio unificado del 16 de enero de 2020 *"uso de listas elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019".*

1.4.- Contestación de la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali[3]:

Dentro de término, el ente territorial rindió el informe, exponiendo que:

-. El señor Julio Cesar Meneses Murillo participó en la convocatoria no. 437 de 2017 adelantada por la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC para proveer 28 cargos vacantes definitivas del empleo denominado auxiliar administrativo, grado 6, código 407, identificado con la OPEC no. 74089 del Sistema General de Carrera Administrativa de la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación.

-. Una vez se surtieron las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC publicó la Resolución 5250 del 8 de abril de 2020, mediante la cual se conformó la lista de elegibles con una vigencia hasta el 2 de noviembre de 2022, donde el accionante figura en la posición 45. De esa manera, afirmó que quienes inicialmente adquirieron el derecho a ser nombrados fueron los aspirantes que ocuparon las primeras 28 posiciones de la lista de elegibles.

-. Teniendo en cuenta que 12 personas que ocupaban posición meritoria manifestaron su voluntad de desistir del nombramiento, en unos casos, y de renunciar al cargo, en otros, se procedió a solicitar, por orden de mérito, la autorización a la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC de las 12 vacantes que por las decisiones libres y espontaneas de los elegibles de no tomar el mencionado empleo.

-. Por orden de mérito, se encontrarían para nombrar a la elegible Flor Esmeralda Burbano Henao, quien se encuentra ubicada en la posición 40 de la Resolución 5250 de 2020. De esa manera, adujo que con ello estarían provistas todas las vacantes disponibles y autorizadas en la Secretaría de Educación del municipio de Santiago de Cali, en el cargo objeto de la presente acción constitucional.

-. En la planta de cargos de la Secretaría de Educación registra 4 vacantes del cargo auxiliar administrativo grado 6, código 407, ubicadas en instituciones educativas. En ese orden de ideas, precisó que, si bien tienen vacantes disponibles, estas se generaron con posterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, razón por la que no es posible utilizar esa lista de elegibles para proveer dichas vacantes, e incluso así fuera posible realizar esos nombramientos con esa lista, se utilizarían los puestos 40, 41, 42 y 43 y no el accionante, quien ocupa la casilla 45, por lo que no es posible nombrarlo en ese empleo.

-. En el marco de las controversias suscitadas en el desarrollo de un concurso de mérito cuando ya se conformó la lista de elegibles, ha precisado el Consejo de Estado, que la

[3] Ver anexo 008 del expediente digital.

acción de tutela solo es procedente frente a controversias originadas si el proceso de selección se encuentra en curso, pues señaló, que las listas de elegibles en firme crean situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, que pueden ser demandados haciendo el uso del medio de control respectivo, con lo que se respetarían los derechos subjetivos, no solo de quien demanda, sino de todos aquellos que hacen parte de la lista y los convocados a conformarla.

-. Se sirva declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, debido a que se incumple con el requisito de subsidiaridad y a la fecha no existe violación por acción u omisión a derecho fundamental alguno del cual sea titular el accionante y que sea imputable al ente territorial.

1.5.- Pronunciamiento María del Mar Quiñones Vivas

La señora María del Mar Quiñones Vivas efectuó pronunciamiento a la presente acción de tutela, argumentando que, le da una esperanza para alcanzar un cargo en carrera administrativa, pues ostenta una posición meritoria dentro de la lista de elegibles 20202320052505. Además, señaló que, con los empleos no ofertados le alcanzaría para cubrir su puesto (50) en la lista de elegibles y ocupar un cargo dentro de la planta global de la Alcaldía de Santiago de Cali.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

2.1.- Problema jurídico:

Corresponde al Despacho determinar si, en el presente caso los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso invocados por el tutelante le han sido vulnerados por la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC y la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali, al no nombrarlo en el empleo denominado auxiliar administrativo, grado 6, código 407, identificado con la OPEC no. 74089 de la Secretaría de Educación del ente territorial; puesto para el cual participó en la convocatoria 437 de 2017 y quedó en lista de elegibles.

Previo a lo anterior, el Despacho determinará la procedencia del presente mecanismo de acción para estudiar lo pretendido por el tutelante.

2.2.- Consideraciones normativas y jurisprudenciales:

2.2.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos.

El artículo 86 de la Constitución Política establece la acción de tutela para que toda persona pueda: *"(…) reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".*

Esta acción constituye un mecanismo preferente, al ser un instrumento de protección inmediata de derechos fundamentales, y subsidiario por cuanto debe entenderse como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera tal que existiendo otros

medios judiciales para la protección de los derechos fundamentales invocados, sólo procederá cuando éstos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; este principio de subsidiariedad se encuentra expresado normativamente en el tercer inciso del artículo 86 constitucional.

Pese lo anterior, la Corte Constitucional, en diferente oportunidades, ha manifestado que en relación con los concursos de méritos para acceder a los cargos de carreras, la acción de tutela es pertinente aun cuando teniendo la oportunidad de presentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, se considera que dicho medio de control no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

En este sentido, aquella Corporación, en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, señaló:

"… existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos[4]*."*

De igual manera, en sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional concluyó que, si bien pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para poder la entidad excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata[5].

Se concluye entonces, que la corte constitucional ha sido enfática al manifestar que la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera.

En todo caso, debe reiterarse que no basta la sola existencia de otro mecanismo de defensa de los derechos fundamentales para declarar la improcedencia de la tutela, sino que dicho mecanismo debe ser además efectivo para la protección de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados.

---

[4] Sentencias T-315 de 1998, SU-133 del 2 de abril de 1998 y T-425 del 26 de abril 2001.

[5] La Sentencia SU-913 de 2009 señaló que: "Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular."

Así las cosas, con respecto a la protección ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se requiere de la tutela, la Corte Constitucional, en sentencia SU 339 de 2011, señaló que:

"En estos casos se ha establecido que las acciones ordinarias como son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, retardan la protección de los derechos fundamentales de los actores, así mismo se ha señalado que estas acciones carecen, por la forma como están estructurados los procesos, de la capacidad de brindar un remedio integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el respectivo cargo público".

Así mismo, en Sentencia T-059 de 2019, dicha Colegiatura indicó:

"17. (…) pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser procedente, de manera excepcional, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

18. 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[6]. 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"[7].

2.2.2. La igualdad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa.

El concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo público, por lo que es necesario que los principios que lo inspiran sean respetados.

Sobre la igualdad y el debido proceso en casos como el presente, la Corte Constitucional, en sentencia T - 180 de 2015, señaló lo siguiente:

"El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo

[6] Ver sentencias T-509 de 2011, T-604 de 2013, T-604 de 2013, T-748 de 2013, SU-553 de 2015, T-551 de 2017 y T-610 de 2017.
[7] Sentencia T-610 de 2017.

sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.

(…)

La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, "que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman." Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales".

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

La Corte Constitucional, en sentencia T - 340 de 2020, se pronunció sobre 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) y su aplicación en el tiempo, señalando lo siguiente:

"3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de

ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

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

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

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

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento

jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

(…)

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer". Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para 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 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", entiéndase 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.".

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".*** (Subrayas y negrillas del Despacho)

2.3- Análisis de fondo:

En el expediente se encuentra acreditado que:

-. Mediante la Resolución 5250 del 8 de abril de 2020, expedida por la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, se conformó la lista de elegibles para proveer 28 vacantes definitivas del empleo, denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 6, identificado con el código OPEC 74089, del Sistema General de Carrera Administrativa de la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali, ofertado a través del proceso de selección 437 de 2017 "Valle del Cauca". En ese sentido, se encuentra probado que esa lista se encuentra vigente hasta el 2 de noviembre de 2022 y el señor Julio Cesar Meneses Murillo se encuentra en la posición 47, con un puntaje de 70.83.

-. El 18 de junio de 2021, la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali –Secretaría de Educación informó al accionante las vacantes en el empleo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 6:

OPEC	ORGANISMO	VACANTES
74069	Secretaría de educación	10
74089	Secretaría de educación	28
53882	Secretaría de turismo	1
53790	Secretaría de educación	1
53877	Secretaría de salud	1
53873	Departamento Administrativo de Planeación	2
63873	Unidad Administrativa	1

	Especial de Bienes y Servicios	
53870	Secretaría de Gestión de Riesgo, Emergencias y Desastres	1
53796	Departamento Administrativo de Hacienda	2
53878	Secretaría de Seguridad y Justicia	4
53784	Secretaría del Deporte y la Recreación	1

-. A través de respuesta del 16 de mayo de 2022, la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali le informó al accionante que dentro del empleo denominado auxiliar administrativo, código 407, grado 6, identificado con la OPEC 74089, de la convocatoria 437 de 2017, se habían posesionado 23 personas, 2 personas habían renunciado al cargo, 10 desistieron del nombramiento en esa OPOC, 1 solicitó prorroga, la cual se termina en el transcurso del mes de junio. En ese sentido, adujo que se encuentran en la posición no. 40 para nombramientos dentro de la lista 5250 de 2020.

-. De acuerdo con el Plan Anual de Vacantes 2022, de fecha enero 12, se encuentran 12 vacantes del cargo auxiliar administrativo código 407, grado 6 en la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali, de las cuales 8 se encuentran sin área asignadas y 4 en la secretaría de educación.

Ahora bien, con la presentación de la acción de tutela, entre otras cosas, el actor pretende ser nombrado, en periodo de prueba, en un empleo equivalente con similitud funcional de los no ofertados en la convocatoria 437 de 2017, en la que participó y presuntamente tiene una posición meritoria. Además, que se ordene a la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, establecer si el empleo denominado auxiliar administrativo, grado 6, código 407, ofertado a través de la convocatoria 437 de 2017 OPEC no. 74089, vigente, es equivalente funcionalmente con otros empleos denominados auxiliar administrativo, grado 6, código 407, dentro de la planta global de la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali.

Así pues, la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, en su respuesta, informó que no resultaba razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no existir autorización para proveer vacante alguna, de conformidad con lo reportado por la entidad, en consonancia con lo establecido en el criterio unificado del 16 de enero de 2020.

De la misma manera, la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali indicó, que en la planta de cargos de la Secretaría de Educación registra 4 vacantes en el cargo auxiliar administrativo grado 6, código 407, ubicadas en instituciones educativas; sin embargo, afirmó que, si así fuera posible utilizar esos cargos, no alcanzaría para nombrar al accionante, ya que ocupa la casilla 45. De esa misma forma, adujo que la presente acción debía declarase improcedente al no cumplir con el requisito de subsidiaridad.

Advertido lo anterior, es importante resaltar, que el Despacho procederá a estudiar de fondo el petitorio de la presente acción constitucional, en atención a que los mecanismos ordinarios no podrían resultar eficaces, como quiera que el derecho al trabajo y al acceso a cargos públicos del actor puede versen limitados ante la pérdida de vigencia de la lista de elegibles en la que se encuentra, lo cual tendría lugar el próximo 3 de noviembre de

2022; amén de que, si bien lo pretendido *"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*[8]*".*

Señalado lo anterior, debe decirse que la Ley 1960 de 2019, en su artículo 7º, estableció que su vigencia regía a partir de la publicación, esto es, el 27 de junio de 2019, por lo que, en principio, podría decirse que esta norma no le es aplicable a la convocatoria 437 de 2017 y a las listas de elegibles que surgieran con ocasión de ella, como es el caso de la lista conformada a través de la Resolución 5250 de 2020, de la cual es integrante el señor Julio Cesar Meneses Murillo.

Pese lo anterior, en la sentencia T - 340 de 2020, el máximo Tribunal Constitucional clarificó lo relacionado con la aplicación de la Ley 1960 de 2019, precisando que, de acuerdo con el criterio actual de la Comisión Nacional del Servicio Civil, las listas de elegibles conformadas por ésta 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 lo "mismos empleos", entiéndase 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****.*" (Negrillas del Despacho).

En tal virtud, indicó que "*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 (…) siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.".*

Así pues, es clara la Corte Constitucional al señalar, que el fenómeno de la retrospectividad permite la aplicación de una norma respecto de situaciones que surgieron con anterioridad, cuyos efectos aún no se han consolidado, como es el caso de la convocatoria 437 de 2017, pues, si bien el proceso de selección inició con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, lo cierto es que los efectos de las listas que aún se encuentran vigentes, se consolidan con el nombramiento en período de prueba del interesado.

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto 648 de 2017, parágrafo primero de su artículo 2.2.5.3.2, "*…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, solo 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.*"

Por otra parte, el artículo 6° de la ley 1960 de 2019, reza de la siguiente manera:

---

[8] Sentencia T-059 de 2019.

"ARTÍCULO 6o. *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

"Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)

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

Así pues, queda claro que luego de presentadas las pruebas, se elaborará una lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años, la cual será utilizada para cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de méritos. La citada norma también es clara en señalar, que las listas de elegibles pueden ser utilizadas para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes que no fueron convocados en el concurso de méritos, siempre que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso de la misma entidad.

Sumado a lo anterior, el Decreto 1083 de 2015, *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"*, en su artículo 2.2.11.2.3, indicó qué debe entenderse por *"cargo equivalente",* así:

"ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente."

De esta manera, teniendo en cuenta que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 es aplicable al caso estudiado, como quiera que la lista de elegibles para el cargo de auxiliar administrativo grado 6, código 407, se encuentra vigente y actualmente existen 4 vacantes definitivas en la Secretaría de Educación para proveer dicho cargo (conforme se desprende de lo informado por el Municipio al contestar la tutela y del Plan Anual de Vacantes 2022, de fecha enero 12), el Despacho amparara los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo-acceso a cargos públicos- y al debido proceso del accionante, pues, dichas vacantes corresponden a la misma denominación, grado y código del empleo para el cual concursó el actor; amén de que, se encuentran adscritas a la Secretaría de Educación.

En tal virtud, se ordenará a la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali, así como a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que, de acuerdo con sus competencias legales, adelanten los trámites administrativos a los que hubiere lugar, para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 frente al señor Julio Cesar Meneses Murillo. En consecuencia, se utilice la lista de elegibles de la Resolución 5250 de 2020 para proveer el cargo de auxiliar administrativo grado 6, código 407, frente a las vacantes que actualmente existen en la Secretaría de Educación del ente territorial.

En este punto es menester precisar, que los nombramientos y las posesiones en periodos de prueba deberán hacerse en un plazo máximo de un mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, previa verificación del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo.

Para el cumplimiento de lo anterior, se deberá respetar los turnos de quienes siguen en la lista, así como los derechos de las personas amparadas constitucionalmente por tener condiciones especiales y que son protegidas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Cali**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo-acceso a cargos públicos- y al debido proceso, invocados por el señor Julio Cesar Meneses Murillo, de conformidad con las razones indicadas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y a la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali, que, de acuerdo con sus competencias legales, adelanten los trámites administrativos a los que hubiere lugar, para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 frente al señor Julio Cesar Meneses Murillo. En consecuencia, se utilice la lista de elegibles de la Resolución 5250 de 2020 para proveer el cargo de auxiliar administrativo grado 6, código 407, frente a las vacantes que actualmente existen en la Secretaría de Educación del ente territorial.

En este punto es menester precisar, que los nombramientos y las posesiones en periodos de prueba deberán hacerse en un plazo máximo de un mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, previa verificación del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo.

Para el cumplimiento de lo anterior, se deberá respetar los turnos de quienes siguen en la lista, así como los derechos de las personas amparadas constitucionalmente por tener condiciones especiales y que son protegidas.

TERCERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicio de Santiago de Cali publicar esta decisión en el portal web de esas instituciones.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión a las partes en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: La presente decisión podrá ser impugnada dentro de los tres días siguientes a la notificación, según en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnada esta providencia.

SEPTIMO: En firme el presente proveído, **ARCHÍVESE** lo actuado, previa desanotación en los Sistemas de Registro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Mirfelly Rocio Velandia Bermeo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Oral 009
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: **cf0f18fa1cc47e16368198f35aeebc31aeb1cc99ac721897ee6866ad58d16b1f**
Documento generado en 09/06/2022 09:20:32 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica