

Señor(a)

SALA LABORAL – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA o de Igual categoría DE TUTELA - REPARTO
E. S. D.

Ref: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: JOHN FREDY DELGADO SERNA

ACCIONADA: GOBERNACIÓN DE SANTANDER

VINCULADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC funcionarios públicos encargados y provisionales que ocupan dichos cargos

JOHN FREDY DELGADO SERNA identificado como aparece al pie de mi firma, con domicilio en Bogotá; concursante del Proceso de Selección No. 505 de 2017-Proceso de Selección de Santander, para el empleo denominado SECRETARIO, Código 440, Grado 8, identificado con la OPEC 29795, de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, en mi propio nombre, ante el despacho a su digno cargo, interpongo **ACCIÓN DE TUTELA** contra la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, y vinculo a la **CNSC** con base en las razones de hecho y de derecho que expondré; solicito que en virtud del artículo 86 de la Constitución Política, se tutelen mis derechos fundamentales *“al efecto útil de las listas de elegibles”* al *“debido proceso Administrativo”*, al de *“igualdad de acceso al desempeño de funciones públicas y cargos del Estado”*, al derecho al *“trabajo”* además del derecho a la *“aplicación del fenómeno jurídico de la retrospectividad de las leyes”* para el caso de solicitud de autorización de uso de listas a la CNSC en las vacantes nuevas que se han generado posterior al cierre de la OPEC; y, a la efectividad de los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica, interés legítimo en la carrera administrativa, respeto al mérito y la transparencia consagrados en la Constitución, puesto que la GOBERNACIÓN DE SANTANDER se niega a realizar la solicitud de autorización de uso de Listas de elegibles a la CNSC pese a existir vacantes definitivas en los mismos empleos que se han generado con posterioridad al cierre de la OPEC, en la mencionada lista ocupé el puesto catorce (14) para proveer once (11) vacantes y en ella ocupo el segundo (2º) lugar actualmente, debido a que quienes ocuparon los primeros lugares de la lista ya tomaron posesión del cargo y se han presentado 2 renunciaciones de quienes me antecedían.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Me encuentro legitimado para solicitar la tutela de mis derechos fundamentales y principios antes mencionados, por cuanto a pesar de encontrarme en una lista de elegibles vigente ocupando el segundo (2º) lugar y pese a la existencia de al menos cuatro (4) vacantes definitivas de SECRETARIO, Código 440, Grado 8, una de ellas se generó debido al rechazo de nombramiento de su titular sobre la cual ya la Entidad recibió autorización, la **GOBERNACION DE SANTANDER** no realiza la solicitud de autorización ante la CNSC para el Uso del Banco Nacional de Listas de elegibles conforme es, dejando pasar el tiempo deliberadamente, sabiendo la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** que las vacantes definitivas en los mismos empleos deben ocuparse con la lista en la cual me encuentro de turno, afectando la legítima aspiración al cargo de mi interés, puesto que así se fijaron en las reglas del concurso. Más aún cuando la CNSC fijo y aclaro el criterio unificado que permite utilizar las listas de elegibles para los mismos empleos que se hallen vacantes definitivamente, ratificado mediante Sentencia T-340 de 2020 en aplicación del principio de retrospectividad de la ley, que oportunamente explicaré.

PERJUCIO IRREMEDIABLE

Teniendo en cuenta que la vigencia de la precitada Lista de Elegibles va hasta el 01 de octubre de 2022, la excesiva demora en terminar el concurso, ya que les he venido solicitando desde enero de 2021, aunada a la respuesta negativa de la

GOBERNACIÓN DE SANTANDER en cuya entidad existen al menos 4 empleos con igual denominación, código y grado, iguales funciones y requisitos de ingreso e iguales funciones y propósito en vacancia definitiva que se han generado, se aprecia la clara intención de burlar así el Debido proceso y otros derechos fundamentales, circunstancia que me causa un perjuicio irremediable pues los trámites ante la CNSC son dispendiosos y el término de la vigencia de las Listas de Elegibles ya está corriendo, pese a mis requerimientos; se trata del deber y obligación de llamar a quien continúa en el orden de Lista de Elegibles para ocupar esas vacantes y no permitir que se ejerzan dichas funciones a través de contratistas o las ocupen personas que carecen de mérito, que no concursaron o que obedecen a favores políticos o clientelistas y otras formas proscritas de ingreso a la Administración pública, contrariando el artículo 125 de la Carta Política, ante la negativa de solicitar autorización a la CNSC.

Esta situación que planteo conlleva en forma cierta, la amenaza de un perjuicio irremediable, pues de no tomarse medidas urgentes antes de que venza la vigencia de la Lista, se vulnera el Derecho al trabajo y el acceso a los cargos públicos que me corresponde. La **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** desconoce el derecho que tenemos quienes nos encontramos en las listas de elegibles; sino se interviene, entonces quedaría la lista de elegibles inane, se producirá un daño cierto, inminente, grave y que requiere de urgente atención para evitar que, en mi ámbito material y moral, padezca un perjuicio y que resulta irreversible, es decir, que, de no producirse la actuación, no puede ser retomado a su estado anterior.

En consecuencia sólo la acción de tutela puede evitar este perjuicio irremediable en consideración a que ni siquiera la solicitud de autorización a la CNSC para mi posterior nombramiento y posesión en el cargo en estricto orden de mérito se ha efectuado, lo cual implica que yo no pueda estar disfrutando de la remuneración y demás derechos laborales propios de la condición de ser empleado de carrera administrativa, en ese orden sólo, la decisión judicial de tutela puede evitar que se siga produciendo este daño que no solamente me afecta a mí sino que a futuro puede afectar al Estado, en virtud de las reclamaciones judiciales indemnizatorias que pueda efectuar la suscrita. Adicional a lo anterior debo poner de presente su señoría que esta decisión me ha y me continúa ocasionando un profundo daño moral debido al sentimiento de injusticia, impotencia, que la situación me ha generado, considerando que hace un tiempo he venido haciendo la solicitud y verdaderamente no puedo entender como habiendo superado el concurso de méritos compitiendo con otras personas, estando actualmente en el puesto 3° para las vacantes que se generaron posteriormente, prácticamente me excluyen del concurso.

Este daño ha trascendido de esfera personal a la de mi familia, quienes han sufrido conmigo el desespero de esta situación, toda vez que ya contábamos con la expectativa legítima de unas mejores condiciones laborales que significarán una cualificación en nuestras vidas, de la misma manera la evitación de la continuación de este daño sólo podría obtenerse a través del fallo de tutela.

PROCEDENCIA excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos¹

El artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela “*sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

Las decisiones que se dictan en el desarrollo de un concurso de méritos para la provisión de empleos, - el nombramiento en periodo de prueba es la última de las etapas - constituyen actos de trámite y contra éstos, no proceden los recursos de la vía administrativa ni los medios de control que regula la ley 1437 de 2011 – CPACA-

¹Sentencia T-441/17, Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS

Por lo tanto, en el evento de presentarse en el desarrollo del concurso, la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela para el afectado resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales más expeditos para evitar la vulneración al debido proceso.

De igual manera el CONSEJO DE ESTADO² manifiesto: **En relación con el tema de la procedencia de la tutela en los concursos de méritos, esta Corporación ha dicho que, en la medida en que las decisiones que se dictan a lo largo del concurso son actos de trámite y que contra dichos actos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso-administrativas, los demandantes carecen de otros medios de defensa judicial para lograr la reincorporación al concurso. Así mismo, también se ha dicho que, de aceptarse, en gracia de discusión, que contra esos “actos de trámite” procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es lo cierto que el citado mecanismo judicial no resulta eficaz ni idóneo para la protección de los derechos fundamentales que normalmente se invocan en esa clase de demandas.**

(Destacado fuera de texto)

HECHOS

1. En cumplimiento de la Ley 909 de 2004, la CNSC³ convocó a concurso abierto de méritos mediante **Acuerdo No. CNSC – 20171000001166 del 22 de diciembre de 2017**, para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la **GOBERNACION DE SANTANDER**, que se identifica como “Proceso de Selección No. 505 de 2017 – Proceso de Selección de Santander”. En él, se estableció el cronograma y las reglas generales aplicables a todos los casos por igual.

2. Con la apertura de la Convocatoria se inició todo un trámite tendiente a consolidar listas de elegibles de los diferentes empleos de la OFERTA PUBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA – de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER que diera aplicación al artículo 125 de la Constitución Política, esto es; que el mérito y el concurso público abierto dentro del sistema de carrera administrativa, fueran los únicos componentes a tener en cuenta para la selección o el ascenso de quienes aspiran a ocupar los cargos al servicio del Estado. Para ello el Estado Colombiano ha invertido cuantiosos recursos administrativos, logísticos, en tiempo y dinero, de igual manera lo hice como concursante, allí es donde se debe predicar el efecto útil de las listas.

3. Dentro de las vacantes definitivas se ofertaron once (11) cargos denominados **SECRETARIO, Código 440, Grado 8**, identificados con la OPEC 29795, a cuyo cargo me inscribí por cumplir con los requisitos y contar con las competencias.

4. La CNSC expidió la Resolución de Lista de elegibles N° 20202320055995 DEL 22-04-2020 y en ella ocupé el lugar catorce (14). Por orden de mérito según Lista de Elegibles; los once (11) cargos ofertados cubrieron las primeras (10) posiciones, debido a que dos personas, por empate; ocuparon la posición 9. Las posiciones 9° (Sandra Paola Caballero) y 10° (Pedro Aleman Obando), rechazaron los cargos, dando lugar al nombramiento de las posiciones 11° y 12°. Ya se posesionaron hasta el número 12, los primeros elegibles, de esta manera, proveyéndose los cargos

2 C.E. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA Bogotá D. C., seis (6) de mayo de dos mil diez (2010) Rad. No.: 52001-23-31-000-2010-00021-01(AC) Actor: INES LORENA VARELA CHAMORRO Demandado: COMISION DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y OTRO

3Artículo 1° del Acuerdo No. CNSC – 20171000001166 del 22 de diciembre de 2017, modificado y aclarado por el Acuerdo No. CNSC – 20182000001936 del 15 de junio de 2018, aclarado por el Acuerdo No. CNSC – 20181000003136 del 16 de agosto de 2018, compilado a través del Acuerdo No. CNSC – 20181000003616 del 07 de septiembre de 2018- Proceso de selección No. 505 de 2017- proceso de selección de Santander-

ofertados de **SECRETARIO, Código 440, Grado 8** en la entidad, y yo pasé a ocupar el segundo (2°) lugar debido a la recomposición automática de la lista.

5. Por parte de la CNSC y para efectos de dar mayor ilustración a este honorable despacho, me permito transcribir algunas definiciones pertinentes al presente caso dadas por la CNSC, máxima autoridad en los concursos de carrera del Estado, los cuales son necesarios tener claro para la solicitud de tutela elevada:

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

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

6. *Elegible: Todo aquel concursante que se encuentra en la lista de elegibles vigente conformada y adoptada por la CNSC para proveer un empleo.*

10. *Firmeza de la posición en la Lista de Elegibles: Se configura cuando se otorga efectos jurídicos particulares a los elegibles que no se encuentren inmersos en alguna de las causales o situaciones previstas en los artículos 14 y 15 del Decreto Ley 760 de 2005, o las normas que los modifiquen o sustituyan.*

*Los elegibles cuya posición en la lista adquiera firmeza individual, tienen derecho a ser nombrados en las vacantes convocadas **o en nuevas vacantes del mismo empleo** o de empleos equivalentes, precisando que en los concursos de ascenso los elegibles tienen derecho a ser nombrados solo en las vacantes ofertadas en el mismo concurso.*

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

(Lo destacado es de mi autoría)

6. El propósito del empleo de SECRETARIO, Código 440, Grado 8, el cual pertenece a una planta Global de la secretaria de Educación con jurisdicción en todo el departamento de Santander, donde el secretario se puede desempeñar en cualquier municipio, y al cual concurre es:

PROPOSITO

“apoyar los procesos organizacionales y de oficina, para cumplir con los planes trazados por la institución educativa dentro los lineamientos establecidos en el plan educativo institucional”

7. De otra parte, el artículo 58 del ACUERDO No. CNSC - **2016100001276 del 28 de julio de 2016** “Proceso de Selección No. 505 de 2017- proceso de selección de Santander- establece la RECOMPOSICIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. *Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 55° y 56° del presente Acuerdo.* Por esta razón me encuentro ocupando el primer lugar.

8. El pasado 14 de enero de 2021, elevé solicitud de uso de listas de elegibles a la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, para que con fundamento en la CIRCULAR EXTERNA No 0001 DE 2020 del 21-02-2020 y según el criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020 “ *sobre uso de listas en los mismos empleos en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019*” la Entidad realice el trámite ante la

CNSC sobre las vacantes definitivas del empleo de SECRETARIO, Código 440, Grado 8.

9. La entidad mediante radicado de salida 20210044752 del 2021-04-08 me contesta que:

“

1. Se precisa que se ha dado cumplimiento por parte de la entidad a la provisión definitiva de las vacancias del empleo denominado secretario, nivel asistencial, código 440, grado 8, ofertado en la Convocatoria No. 505 Gobernación Santander bajo el número OPEC 29795, en estricto orden de mérito de la respectiva lista de elegibles establecida por la Comisión Nacional del servicio Civil - CNSC en la resolución de listas y de acuerdo a lo ordenado en el artículo 2.2.5.3.2. Del decreto 648 de 2017.

A la fecha han tomado posesión 9 elegibles, 1 solicitó prórroga, y 1 nombramiento fue revocado por no aceptación, el cual ya fue debidamente comunicado a la CNSC para los trámites de recomposición de listas de elegibles.

5. La dirección de talento humano de la Gobernación de Santander realizó el proceso de provisión definitiva con uso de lista de elegibles y realizado los respectivos reportes ante la Comisión Nacional del Servicio- CNSC, acuerdo a los requerimientos del órgano rector y en las fechas establecidas para tal fin para el proceso de selección de la Convocatoria 505 de 2020 Gobernación Santander.

Una vez reportados los empleos a la CNSC, será la comisión quién determine si estos empleados son los mismos ofertados en la Convocatoria 505 de 2017 Gobernación- Santander, y si hay lugar autorizar el uso de listas, de conformidad con el criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020.”

10. En esta misma respuesta la Gobernación de Santander en cuadro adjunto señala que a la fecha tiene 8 vacantes, de las cuales, cuatro (4) son vacantes definitivas en los “mismos empleos de SECRETARIO, Código 440, Grado 8, información que se adjunta:

| | | | | | | |
|-----|------------|---|---------|---|------------------------|--------------------------------|
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO ALBERTO SANTOS BUITRAGO | Socorro | Propiedad |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | CENTRO EDUCATIVO EL GUAYASAL | Simitoto | Provisional Vacante Definitiva |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO INTEGRADO YATIMA | San Vicente de Chusurá | Propiedad |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO ANTONIO MARIA GUARIN | San Andrés | Propiedad |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | INSTITUTO TECNICO DE SABANA DE TORRES | Sabana de Torres | Propiedad |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | INSTITUCION EDUCATIVA CANA BRAVA | Rionegro | Propiedad |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO AGROPECUARIO PUENTE SOGAMOSO | Puerto Wilches | Provisional Vacante Definitiva |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO AGROPECUARIO PUENTE SOGAMOSO | Puerto Wilches | Propiedad |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO LAS MONTOYAS CULTIVO INTEGRADO PEDRO SANTOS | Riosucio | Propiedad |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO NUESTRA SEÑORA DE FATIMA | Onega | Provisional Vacante Definitiva |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | ESCUELA NORMAL SUPERIOR | Olba | Propiedad |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO LA CANDILARIA | Ciríjara | Propiedad |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO INTEGRADO INMACULADA CONCEPCION | Chimé | Provisional Vacante Definitiva |
| 440 | Secretario | 8 | 2961084 | COLEGIO INTEGRADO INMACULADA CONCEPCION | Chimé | Propiedad |

11. El pasado 09 de abril de 2021, elevé consulta a la CNSC acerca del trámite de solicitud de uso de listas de elegibles a la CNSC, en la cual solicité: *Se me informe si tengo derecho a ocupar una de esas 8 vacantes ocupadas en provisionalidad, haciendo uso de la Lista de Elegibles según criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020.*

Y si por parte de la Gobernación de Santander; en donde indican le reportaron a la CNSC acerca de estas vacantes ocupadas en provisionalidad y además le consultaron la posibilidad del uso de lista de elegibles.”

12. La RESPUESTA de la CNSC data del 31 de mayo de 2021, refirió:

“Aunado a lo anterior y dando cumplimiento al deber de reportar ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, las novedades que puedan afectar la conformación y el uso de las listas, la Entidad, remitió los actos administrativos de nombramiento en período de prueba, así como el acta de posesión de quien ocupó la posición meritosa en la mencionada lista, en consecuencia, las vacantes ofertadas se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones uno (1) hasta la diez (10) quien ostenta derechos de carrera administrativa por haber superado el periodo de prueba.

Aunado a lo anterior, la Gobernación de Santander, mediante radicado de entrada Nro. 20216000509482 del 2 de marzo de 2021 solicitó la autorización de uso de lista en virtud de la derogatoria del nombramiento del elegible ubicado en la posición diez (10) de la mencionada lista, en consecuencia, esta Comisión Nacional mediante radicado de salida Nro. 20211020613051 del 30 de abril de 2021, autorizó a la elegible ubicada en la posición once (11).

En atención a su comunicación, esta Comisión Nacional le informa que la provisión de vacantes surgidas con posterioridad al Proceso de Selección Nro. 505 de 2017, se hará de conformidad con lo estipulado en el Criterio Unificado sobre “Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”¹ aprobado en Sesión del día 16 de enero de 2020, el cual señala: “(...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos” (Subrayado y negrita fuera de texto).

Entendiéndose como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, 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.

En congruencia y en pro de establecer un lineamiento que permita a las entidades dar aplicación al aludido Criterio, la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió Circular Externa Nro. 0001 de 2020, en la cual se fijó el procedimiento para el reporte de las vacantes que serán provistas con listas vigentes de mismos empleos en virtud del criterio unificado de uso de listas en el contexto de la Ley 1960 de 2019.

Una vez realizado el anterior reporte y recibida la solicitud de uso de lista para mismos empleos, la Comisión Nacional procederá a verificar las listas vigentes de la Entidad que cumplan con las características de los empleos que requieran ser provistas y de encontrarlo procedente se autorizará el uso de estas, remitiendo la relación de los elegibles que por estricto orden de mérito les asista el derecho a ser nombrados en período de prueba.

*En consonancia y en atención a su petición, se consultó el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, por lo que se confirma que, a la fecha, **la Gobernación de Santander 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, por tanto, 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.*

Razón por la cual, se aclara que la entidad podrá solicitar el uso de las listas de elegibles en caso de presentarse alguna de las situaciones descritas por el artículo 8 del Acuerdo 165 de 2020:

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

1. Cuando el elegible nombrado no acepte el nombramiento o no se poseione en el cargo o renuncie durante el periodo de prueba o no supere el periodo de prueba.
2. Cuando, durante su vigencia se genere la vacancia definitiva de un empleo provisto mediante la lista de elegibles conformada en virtud del respectivo concurso de méritos, con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.
3. Cuando, durante su vigencia se generen nuevas vacantes del mismo empleo o de empleos equivalentes en la misma entidad”

Por lo anterior, sólo una vez sea recibida la solicitud por parte de la entidad nominadora, la CNSC puede proceder a autorizar el uso de la lista de elegibles para quien se encuentre en la siguiente posición de mérito con lo cual la entidad podrá adelantar los trámites de nombramiento y posesión.

Por lo cual, teniendo en cuenta que usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 29795, por el momento se encuentra en espera a que se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la lista, esto es, hasta el día 01 de octubre de 2022.

(subrayas más)

13. La GOBERNACION DE SANTANDER no ha realizado los reportes que debe dar a conocer a la CNSC, información que debe ser transparente y pública para todos los ciudadanos, como lo establece el Artículo 6° del Acuerdo 165 de 2020

ARTICULO 6°. Reporte de Información sobre provisión y uso de listas. Las entidades deberán reportar a la CNSC por el medio que esta disponga, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, derogatorias, revocatorias, renunciaciones presentadas y demás situaciones que puedan afectar el orden de provisión y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad.

Así mismo, la Entidad no ha realizado la solicitud de autorización para las vacantes que se han generado posterior al cierre de la OPEC.

14. Me permito anexar un cuadro comparativo entre las características del empleo al que concurre y los empleos que actualmente están vacantes definitivamente en la GOBERNACION DE SANTANDER:

| | |
|--|---|
| OPEC 29795 (al cual concursé) | vacantes definitivas |
| DENOMINACION | DENOMINACION |
| SECRETARIO, Código 440, Grado 8 | SECRETARIO, Código 440, Grado 8 |
| REQUISITOS DE ESTUDIO | REQUISITOS DE ESTUDIO |
| Diploma de Bachiller en cualquier modalidad. | Diploma de Bachiller en cualquier modalidad. |
| REQUISITOS DE EXPERIENCIA | REQUISITOS DE EXPERIENCIA |
| Experiencia: Catorce (14) meses de experiencia laboral. | Experiencia: Catorce (14) meses de experiencia laboral |
| Dependencia: DIRECCION DE GESTION EDUCATIVA, | Dependencia: DIRECCION DE GESTION EDUCATIVA |
| PROPOSITO | PROPOSITO |

| | |
|--|--|
| <i>apoyar los procesos organizacionales y de oficina, para cumplir con los planes trazados por la institución educativa dentro los lineamientos establecidos en el plan educativo institucional.</i> | <i>apoyar los procesos organizacionales y de oficina, para cumplir con los planes trazados por la institución educativa dentro los lineamientos establecidos en el plan educativo institucional.</i> |
| FUNCIONES | FUNCIONES |
| <i>1. Recibir, revisar, clasificar, radicar, distribuir y controlar documentos, datos, elementos y correspondencia, relacionada con los asuntos de competencia de la dependencia.</i> | <i>1. Recibir, revisar, clasificar, radicar, distribuir y controlar documentos, datos, elementos y correspondencia, relacionada con los asuntos de competencia de la dependencia.</i> |
| <i>2. Llevar y mantener actualizados los registros de carácter técnico, administrativo y financiero y responder por la exactitud de los mismos.</i> | <i>2. Llevar y mantener actualizados los registros de carácter técnico, administrativo y financiero y responder por la exactitud de los mismos.</i> |
| <i>3. Orientar a los usuarios y suministrar la información que les sea solicitada, de conformidad con los procedimientos establecidos en la institución educativa.</i> | <i>3. Orientar a los usuarios y suministrar la información que les sea solicitada, de conformidad con los procedimientos establecidos en la institución educativa.</i> |
| <i>4. Desempeñar funciones de oficina y de asistencia administrativa encaminadas a facilitar el desarrollo y ejecución de las actividades de la institución educativa.</i> | <i>4. Desempeñar funciones de oficina y de asistencia administrativa encaminadas a facilitar el desarrollo y ejecución de las actividades de la institución educativa.</i> |
| <i>5. Apoyar la función de tesorería o pagaduría del Fondo de Servicios Educativos de conformidad con la normatividad vigente.</i> | <i>5. Apoyar la función de tesorería o pagaduría del Fondo de Servicios Educativos de conformidad con la normatividad vigente.</i> |
| <i>6. Firmar junto con el rector o director, el retiro de recursos por medio de cheque o transferencia electrónica, de conformidad con la normatividad aplicable.</i> | <i>6. Firmar junto con el rector o director, el retiro de recursos por medio de cheque o transferencia electrónica, de conformidad con la normatividad aplicable.</i> |
| <i>7. Apoyar en la elaboración de informes requeridos por las entidades de control sobre el manejo de tesorería o pagaduría del Fondo de Servicios Educativos.</i> | <i>7. Apoyar en la elaboración de informes requeridos por las entidades de control sobre el manejo de tesorería o pagaduría del Fondo de Servicios Educativos.</i> |
| <i>8. Realizar la actualización del sistema de información correspondiente a la institución educativa de acuerdo con las directrices institucionales y normativas.</i> | <i>8. Realizar la actualización del sistema de información correspondiente a la institución educativa de acuerdo con las directrices institucionales y normativas.</i> |
| <i>9. Realizar el proceso de matrícula de acuerdo con las directrices institucionales.</i> | <i>9. Realizar el proceso de matrícula de acuerdo con las directrices institucionales.</i> |
| <i>10. Diligenciar los libros o sistemas de administración e información institucional, de conformidad con las instrucciones de la dirección.</i> | <i>10. Diligenciar los libros o sistemas de administración e información institucional, de conformidad con las instrucciones de la dirección.</i> |
| <i>11. Realizar las acciones reglamentarias para mantener actualizado y controlado el sistema de los bienes institucionales de acuerdo con la normatividad vigente.</i> | <i>11. Realizar las acciones reglamentarias para mantener actualizado y controlado el sistema de los bienes institucionales de acuerdo con la normatividad vigente.</i> |

| | |
|---|---|
| 12. Responder por el buen funcionamiento de los procesos de la biblioteca, de acuerdo con los requerimientos de la comunidad educativa, y las directrices institucionales y normativas. | 12. Responder por el buen funcionamiento de los procesos de la biblioteca, de acuerdo con los requerimientos de la comunidad educativa, y las directrices institucionales y normativas. |
| ASIGNACION BASICA 2'493.958,00 | ASIGNACION BASICA 2'493.958,00 |
| UBICACIÓN GEOGRAFICA Departamento de Santander | UBICACIÓN GEOGRAFICA Departamento de Santander |

15. De igual manera la circular 0012 del 20 de octubre de 2020 establece: *Así las cosas, la CNSC, en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial, las conferidas por los literales a), c), h) e i) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, imparte a los destinatarios de la presente Circular las siguientes instrucciones:*

- *Las entidades que adelanten procesos de selección como consecuencia de haber sido aprobados los Acuerdos en el año 2020 o que sean aprobados durante esta vigencia, continuarán utilizando el actual aplicativo OPEC para el registro y/o actualización de sus respectivas OPEC. Sin embargo, todas las vacantes definitivas de empleos de carrera que no hayan sido reportadas para estos procesos de selección deben ser reportadas en el **nuevo módulo OPEC, hasta el 30 de noviembre de 2020.***

- **Las entidades distintas a las mencionadas en el literal anterior, independientemente del estado actual del reporte de su OPEC, deben registrar y/o actualizar dicha información en el nuevo módulo OPEC, hasta el 30 de noviembre de 2020.**

- *Las nuevas vacantes definitivas de empleos de carrera que se generen después de esta fecha y/o los cambios en la información de las mismas, se deben reportar y/o actualizar en el **nuevo módulo OPEC**, a más tardar **dentro de los 10 días hábiles** siguiente a su generación o a la ocurrencia de la novedad y cumplir así con la obligación del reporte actualizado de la oferta pública de empleo.*

Como se observa, es deber de todas las entidades públicas reportar la información a la CNSC, como garantía de transparencia de las actuaciones públicas.

16. Sin embargo a la fecha la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** no realiza el debido proceso por mi peticionado, teniendo la obligación de elevar la solicitud a la CNSC, para que ésta sea quien realice el estudio técnico y establezca la posibilidad de proveer los empleos que he referido, lo que demuestra la configuración del defecto procedimental absoluto; de igual manera, se observa que la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** me niega la solicitud sin tener competencia para ello, lo que comprueba la configuración de un defecto orgánico. En consecuencia, se configura una vía de hecho en el trámite administrativo adelantado en la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, lo que acarrea una violación al debido proceso.

17. Para el caso de las vacantes definitivas que actualmente existen en La GOBERNACION DE SANTANDER, para el cargo de **AUXILIAR AREA SALUD**, es preciso referirnos a la Ley 1960 de 2019 (junio 27), la cual modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y en su artículo 6° determinó que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“Artículo 31. *El Proceso de Selección comprende:*

1. (...)

2. (...)

3. (...)

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.

18. Para interpretar esta norma, teniendo en cuenta que la Ley no se refirió a “los mismos empleos”, la CNSC, con autoridad, expidió el Criterio Unificado del 19 de enero de 2020, referente al uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 en el que concluye que:

*De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles **conformadas** por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria **y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad** y que correspondan a los “**mismos empleos**”; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, 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 (Destacado fuera de texto).*

19. La entidad debe solicitar el uso de las listas de elegibles en caso de presentarse alguna de las situaciones descritas por el artículo 8 del Acuerdo 165 de 2020 MODIFICADO POR EL ACUERDO 013 del 22 de enero DE 2021: (Acuerdo expedido por la CNSC)

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

1. *Cuando el elegible nombrado no acepte el nombramiento o no se poseione en el empleo o renuncie durante el periodo de prueba o no supere el periodo de prueba.*

2. *Cuando, durante su vigencia, se genere la vacancia definitiva de un empleo provisto mediante la lista de elegibles conformada en virtud del respectivo concurso de méritos, con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*

3. **Cuando, durante su vigencia, se generen nuevas vacantes del “mismo empleo” o de “empleos equivalentes” en la misma entidad.**

20. De esta manera, la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** desconoce el Derecho fundamental al debido proceso, puesto que no reconoce la normatividad de la CNSC, ni le ha dado el verdadero alcance, ya que la CNSC es quien realiza el estudio y autoriza para que los elegibles que se encuentran en lista ocupen las vacantes que se generen con posterioridad al cierre de la OPEC.

21. Lo anterior está regulado e instrumentalizado por la CNSC a través de la circular 001 de 2020, donde a cada entidad se le entregaron claramente las instrucciones y dar aplicación de la normatividad sobre uso de listas:

La GOBERNACION DE SANTANDER realiza la verificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas para un empleo igual (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual,

propósito, funciones), situación que conlleva a realizar un análisis completo respecto de las diferentes variables que conforman el proceso en comparación con el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales que esté vigente al momento del Uso de Listas de Elegibles.

Identificadas las vacantes se debe reportar la OPEC o actualizar la existente, en el aplicativo Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la Oportunidad (SIMO), de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No. 20191000000117 del 29 de julio de 2019.

Realizar ante la CNSC la solicitud de uso de listas de elegibles en los términos definidos en la Ley.

La CNSC informa si existen elegibles que cumplan los requisitos para el uso de listas de elegibles del empleo solicitado y que cumpla las condiciones para el mismo empleo (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,) o para uno equivalente.

La CNSC define la tarifa que debe asumir y pagar la Entidad, para que expida el Certificado de Disponibilidad Presupuestal - CDP por la suma total que soporte para el pago por el uso de estas.

El CDP será enviado a la CNSC, quien expide acto administrativo de autorización del uso de listas de elegibles.

Dentro del término que conceda la CNSC, el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO procederá a expedir el acto administrativo de nombramiento en período de prueba a que haya lugar según lo resuelto por la CNSC; el cual será comunicado exclusivamente a la persona cuyo nombramiento sea autorizado.

22. Como referencia, señalo a este respetable despacho, precedentes jurisprudenciales de la corte constitucional importantes para desenvolver el problema planteado:

- **SENTENCIA T-340 de 2020, Ponente:** Luis Guillermo Guerrero Pérez Bogotá DC, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020) introdujo un cambio jurisprudencial acerca de la figura del Uso de listas de elegibles que es el tema que nos convoca, el cual con todo respeto solicito se revise con todo su rigor: *“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”.*
- **SENTENCIA T-112A/14**
LISTA DE ELEGIBLES-*Tiene por objetivo establecer el orden para proveer los cargos que hayan sido objeto de un concurso, **para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles,** por parte de la CNSC, para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.*

(...)

8.2. *En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, por lo tanto la administración deberá solicitar la respectiva autorización de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva.*

8.4. *No obstante, tal como queda patente en las normas que regulan el uso de las listas de elegibles, es a la CNSC a quien le compete analizar la alegada equivalencia entre el cargo al cual aspiró la accionante durante el concurso y el que se encuentre vacante, para así autorizar al nominador su designación en este último. No es pues la Corte quien pueda dar una solución más allá de ordenar que se eleve la solicitud ante la CNSC para que sea esta quien determine la alegada equivalencia que permita nombrar en periodo de prueba a la accionante tal como lo registran las pautas de la convocatoria.*

- **Sentencia SU-913 de 2009:**

"Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T-455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido.

(...)

Pues bien, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo 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".

En el mismo sentido C-181 de 2010, T-156 de 2012, T-180 de 2015.

Esta posición ha sido acogida también por el Consejo de Estado como línea jurisprudencial apreciable en las siguientes sentencias:

- **Sentencia de 21 de abril de 2014, Rad: 2013-00563. Sección Segunda, subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren**

"Pues bien, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo 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".

- **Sentencia de 27 de abril de 2017, Rad: 2013-01087. Sección Segunda, subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra**

"En razón de lo anterior, se predica que existen expectativas legítimas por parte de aquellos aspirantes que figuran en las listas de elegibles ya conformadas para

acceder al cargo de dragoneante cuando se abran las vacantes y que existen derechos adquiridos por parte de aquellos que ya fueron llamados para la provisión de estas".

Así las cosas y ante la demostrada firmeza y vigencia de mi lista de elegibles, y la existencia de vacantes definitivas, como antecedentes en los cuales la CNSC ha autorizado el uso de listas en vacantes definitivas que se han generado en el mismo empleo, es decir, ofertadas, la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** como autoridad administrativa debió dar plena aplicación del precedente jurisprudencial. Lo anterior de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 que trata sobre el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.

23. Precedente horizontal aplicable al presente caso

Con todo respeto de su autonomía judicial, se debe tener en cuenta que dentro de casos similares al aquí estudiado, diferentes jueces constitucionales, han amparado los derechos fundamentales de los accionantes, al encontrar acreditada la existencia de una lista de elegibles en firme que genera expectativas ciertas a quienes en ella se encuentran para ocupar las vacantes que se generen, y una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y de acceder a cargos públicos por parte de las entidades que se han negado a efectuar las respectivas solicitudes de autorización de Uso de listas con fundamento en dichas listas. Para constancia de lo anterior, allego copia de los siguientes fallos:

- **JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS San José de Cúcuta, nueve de septiembre de dos mil veinte.** RAD: 54-001-40-71-001-2020-00327-00
SEGUNDO: ORDENAR al Dr. JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA actual Gerente de la ESE IMSALUD y/o quien haga sus veces, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, HAGA USO de la lista de elegibles que se encuentra vigente para proveer el cargo de AUXILIAR ÁREA SALUD GRADO código 412 grado 10 identificado con código OPEC N° 30212, Grado 11, resolución No. CNSC 20182110174305, debiendo nombrar en estricto orden de mérito y puntaje a las señoras **DOLLY XIOMARA BERMUDEZ CACIQUE y DIANA MILENA MARTINEZ PEDRAZA**, en las dos plazas restantes que actualmente una se encuentra nombrada en provisionalidad y la otra sin nombramiento en vacante definitiva, para lo cual deberá adelantar todos los trámites administrativos pertinentes para los nombramientos, dentro del término otorgado, Lo anterior con observancia que la tercera vacante está ocupada por una persona titular de estabilidad laboral reforzada.
Fallo confirmado por el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE CÚCUTA. San José de Cúcuta, Diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020)**
- **JUZGADO TERCERO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD** de la ciudad de Medellín el pasado 21 de abril amparo EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ENTRE OTROS al conceder tutela bajo el radicado 2020-00056 al respecto el honorable Juez considera:
"...cuando se impide el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales participaron, se vulneran sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo. Frente al particular, esta Corporación, señaló: "la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de

buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones -ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado...”

“Bajo esa perspectiva, la Corte estima que los actos administrativos que determinan las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración”

RESUELVE:

SEGUNDO: ORDENAR al Doctor **CARLOS MARIO ESTRADA MOLINA** Director General del SENA para que, en el término de 48 horas contados a partir de la notificación del presente, se dé trámite efectivo a la solicitud presentada por el señor **WILMAR DARÍO AGUDELO DÁVILA** desde el mes de enero de 2020 **Solicitud No. 1-2020-003987** respecto de la realización del procedimiento indicado en la Circular 0001 de 2020 de la CNSC, de las vacantes de **profesional Grado 02** declaradas desiertas y determinadas por la CNSC, OPEC 61773, 62011 y 61309 del SENA. Lo anterior, a fin de que la CNSC proceda a verificar que las listas de elegibles de la entidad cumplan con las características de los empleos que requieren ser provistos, para poder autorizar su uso y remitir el listado de los elegibles que por estricto orden de mérito les asista el derecho a ser nombrados en período de prueba.”

- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN – Sala Cuarta Civil de Decisión M. P. Julián Valencia Castaño, RADICADO 05360 31 03 002 2020 00068 01, el pasado mes de julio, manifestó:

“...Teniendo en claro lo anterior, esto es, encontrándose satisfecho el requisito de procedibilidad reseñado en precedencia, resulta mandatorio para la Sala de Decisión descender al estudio pormenorizado el problema jurídico planteado, mismo que, para el caso, se circunscribe a la negativa evidenciada en pro de emplear el registro de elegibles conformado para el cargo denominado “Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 02, OPEC 25837”, de la Alcaldía Municipal de La Estrella, indicando que aunque los cargos fueron creados de manera permanente, aquellos no hicieron parte de la oferta efectuada en el marco de la convocatoria 429 de 2016. Sea lo primer indicar que, en puridad, aquí no nos enfrentamos a un problema de cargos equivalentes, sino del mismo cargo ofertado, por lo que, en suma, la controversia no gira, como erradamente viene siendo planteada, entre que pueda o no aplicarse la ley 1960 de 2019, pues, como en seguida se verá, la problemática dista mucho de ponderar las equivalencias a que hubiere lugar, con todo, lo que el actor solicita, y así se desprende, no solo del escrito tutelar, sino también de las peticiones elevadas a las accionadas, es que, por conducto de aplicación directa, en atención a la identidad de los cargos creados, y los que fueron convocados, dichas vacantes sean surtidas, en propiedad, por las personas que superaron el concurso de méritos adelantado por la CNSC para el ente territorial, postura que ha sido negada por las resistentes de las pretensiones. Del examen efectuado por el Tribunal, emerge diáfana la revocatoria de la sentencia objeto de impugnación, ello, por cuanto, no solo es que el registro aún está vigente para el cargo objeto de controversia, sino que, ante las creaciones evidenciadas, aquellas deben ser provistas por las personas en cuya órbita se situó la expectativa legítima de ingresar a carrera administrativa, privilegiando los valores que inspiran los concursos de méritos...”

24. Para dar aplicación al uso de listas la CNSC imparte las siguientes instrucciones:

La CNSC en ejercicio de las competencias atribuidas en los literales a) y h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, con el propósito de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público, precede a impartir los siguientes lineamientos, en lo relacionado al reporte de las nuevas vacantes que corresponden a los mismos empleos, para lo cual las entidades deberán:

- 1. Solicitar apertura de la etapa OPEC en el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad (SIMO)**
- 2. Crear el nuevo registro de vacante.**
- 3. Solicitar uso de listas de elegibles.**

*El jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces, **deberá** solicitar a esta Comisión Nacional la autorización para el uso de las listas de elegibles, con el propósito de cubrir las nuevas vacantes definitivas que corresponden a los “mismos empleos” identificados con un número OPEC.*

Las solicitudes para el uso de listas deberán ser remitidas a través de la ventanilla única de la CNSC, ingresando a la página web enlace “Ingrese a la Ventanilla Única de la CNSC” o “PQRS”.

25. Entonces, según las normas de carrera citadas, es procedente utilizar la lista de elegibles contenida en **Resolución 20202320055995 DEL 22-04-2020**, para proveer vacantes definitivas que se hayan generado por cualquier causa legal específicamente a los cargos denominado **SECRETARIO, Código 440, Grado 8**, que sean iguales. Por lo que se hace necesario conocer los reportes de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** a la CNSC, lo cual deberá dar a conocer en el informe a este despacho.

26. Reiterar que, sobre el efecto útil de las listas de elegibles, en este punto la Corte Constitucional en la Sentencia T-180 de 2015, frente a las medidas para la provisión de cargos el Alto Tribunal puntualizó que: “(...) cuando existe una lista de elegibles que surge como agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 superior que no puede ser desconocido”

27. Tener en cuenta señor Juez, que el Estado colombiano ha estado en pos de dar aplicación al artículo 125 superior y por ello el 25 de mayo de 2019 el Congreso de la Republica Expide la Ley 1955 de 2019, POR EL CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022 “PACTO POR COLOMBIA, PACTO POR LA EQUIDAD” y en su Artículo 263 refiere a **REDUCIR LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PUBLICO.**

28. Bien cabe preguntarse a esta altura de los hechos, ¿Qué finalidad tiene un largo, costoso y tortuoso concurso de méritos si finalmente a quienes ocupamos lugares privilegiados, no se nos permite ocupar las vacantes definitivas que existen en la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**? ¿Cuál es el efecto útil de las listas de elegibles?

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no he formulado acción de tutela por los mismos hechos, ni por las mismas pretensiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La presente solicitud de tutela tiene sustento normativo en lo dispuesto en los artículos 2º, 13, 23, ordinal 7º del artículo 40, 86 y 125 de la Constitución Política, así mismo en la ley 909 de 2004, sus decretos reglamentarios, La ley 1960 de 2019, el Acuerdo 165 de 2020, **Acuerdo No. CNSC – 2017100001166 del 22 de diciembre de 2017,**

“Convocatoria No. 505 de 2017 – SANTANDER, GOBERNACIÓN DE SANTANDER”, Resolución de lista de elegibles 20202320055995 DEL 22-04-2020, el Criterio Unificado y su aclaración “*Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*”, la circular 001 de 2020 expedidos por la CNSC; así como la Jurisprudencia de la Corte Constitucional , SU- 913 DE 2009, T-112 A DE 2014, T - 340 de 2020, y de diferentes tribunales y juzgados del país.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, desarrollada por Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser incoada por cualquier persona con el objeto de reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos sean amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o particular cuando está encargado de la prestación de un servicio público, su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo o coloca al solicitante en estado de subordinación o indefensión; asimismo, señala que su naturaleza es subsidiaria, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y tiene un término perentorio para resolverse por parte del juez constitucional.

Por su parte, la Corte Constitucional ha determinado que «[...] *el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, que al tenor del Artículo 86 de la Carta y del Decreto 2591 de 1991, se sintetizan en existencia de legitimación por activa y por pasiva; afectación de derechos fundamentales; instauración del amparo de manera oportuna (inmediatez); y agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo que se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable o que tales vías sean inexistentes o ineficaces (subsidiariedad) [...]».*⁴

ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS⁵-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que 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 algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera.

La Constitución Política de 1991 establece en el ordinal 7° del artículo 40, que se garantiza a todo ciudadano el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. En el mismo sentido, el artículo 125 Superior señala que “*los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera*”. Igualmente, el inciso segundo del citado artículo consagra la regla general del concurso público como forma de acceder a los cargos de la administración, estableciendo como criterios para la provisión de los cargos el mérito y la calidad de los aspirantes.

Sobre este punto, la Corte ha considerado que el régimen de carrera encuentra su fundamento en tres objetivos básicos: 1) *El óptimo funcionamiento en el servicio público, desarrollado en condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad*; 2) *Para garantizar el ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos*; y 3) *Para proteger y respetar los derechos subjetivos de*

4 Sentencia T-788/2013, magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁵ T-112 A -2014

los trabajadores al servicio de Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo. (Sentencia T 1079 del 5 de diciembre de 2002).

Así lo expuesto: se concluye que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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 de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

La vinculación de los empleados del Estado se halla constitucionalmente regulados desde los Artículos 125 y 130, es por ello que en el Artículo 6º del Acuerdo 001 de 2004, (norma vigente) La CNSC fijó sus propias funciones dentro de las que se destacan:

f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior.

Ha dicho la Corte⁶, respecto a la aplicación del principio del mérito en entidades públicas y refiriéndose en particular a la Defensoría del Pueblo, *que 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.*

Entonces no queda duda del trámite administrativo que está pendiente por cuenta de la **GOBERNACION DE SANTANDER**, además que ya que ésta entidad pública ya realizó dicho procedimiento con la persona que estaba en el lugar N° 11, de lo que se concluye un trato discriminatorio, pues es claro que existen al menos **cuatro (4) vacantes** definitivas de SECRETARIO, Código 440, Grado 8.

A su turno, la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 reglamentó el artículo 130 de la Constitución Política y consagra varias disposiciones relacionadas con la Comisión Nacional del Servicio Civil. El artículo 28 de esta Ley señala cuales son los Principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, entre los cuales se destaca: el Mérito. *Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;* Con base en esas precisas facultades, de origen Constitucional es que la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de carrera, se encuentra regulado por la CNSC la cual expidió el Criterio Unificado y su aclaración “*Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*”, el Acuerdo 165 de 2020 de la CNSC y la circular 001 de 2020, las cuales disponen que una vez presentada la solicitud por parte de las entidades para la provisión de vacantes definitivas, la Comisión Nacional del Servicio Civil verifica si dentro de las listas de elegibles por

⁶ Sentencia C-319/10

empleo conformadas para la entidad solicitante, existe alguna para empleos iguales o con similitud funcional al que solicitan.

El anterior acuerdo de uso de listas fue modificado el año 2020, sin embargo, este nuevo Acuerdo 0165 del 13 de marzo de 2020, establece y amplía las posibilidades del uso de listas, lo cual es consecuente con el Principio de Retrospectividad de la Ley, así:

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

- 1. Cuando el elegible nombrado no acepte el nombramiento o no se poseione en el empleo o renuncie durante el periodo de prueba o no supere el periodo de prueba.*
- 2. Cuando, durante su vigencia, se genere la vacancia definitiva de un empleo provisto mediante la lista de elegibles conformada en virtud del respectivo concurso de méritos, con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*
- 3. Cuando, durante su vigencia, se generen nuevas vacantes del “mismo empleo” o de “empleos equivalentes” en la misma entidad.*

Ahora bien, es importante dejar claro que **no** existe pugna entre los derechos de los funcionarios que se encuentran desempeñando cargos en provisionalidad y los aspirantes que se encuentran dentro de las Listas de Elegibles, que cuentan con un derecho adquirido.

Es necesario aclarar que no puede argüirse pugna entre mis derechos adquiridos por la aparición de nuevas vacantes en virtud de la Lista de Elegibles vigente y los de funcionarios en provisionalidad o en encargo que pueda estar ocupando el cargo al cual yo debo acceder. Lo anterior, toda vez que conforme lo establece la Ley y lo desarrolla la jurisprudencia, los funcionarios provisionales gozan de estabilidad relativa, y la causa legal principal de su retiro es que precisamente el cargo vaya a ser provisto por Concurso de Méritos.

Así lo ha expresado la Corte;

*"Esta acusación carece de sustento, pues, como se vio, dichos servidores no se encuentran en la misma situación en la que se hallan los empleados públicos inscritos en el régimen de carrera. No obstante, la Corte Constitucional les ha conferido una protección intermedia que consiste en que su retiro solo puede darse: (i) **Porque el cargo se proveerá mediante el sistema de méritos** o ii) por la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio -debidamente motivada-"(sentencia C-431 de 2010)*

Como se mencionó, la ley 909 de 2004 fue modificada por la ley 1960 DE 2019, y la CNSC en uso de sus facultades fijo los criterios a tener en cuenta para su interpretación y aplicación. Con base en la nueva ley y en este criterio es que, la CNSC el 21 de febrero de 2020, mediante CIRCULAR EXTERNA No. 0001 DE 2020 entrego a todas las administraciones las Instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado *"Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes.*

*De conformidad con el Criterio Unificado "Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" el cual establece **que las listas de elegibles conformadas por esta Comisión Nacional y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse** durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos*

que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) de la respectiva convocatoria **y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad** y que corresponden a los “mismos empleos”⁷ ofertados.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO O LA REGLA DE RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY

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

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

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.”⁸

- **RECIENTEMENTE** la Corte Constitucional expidió la **SENTENCIA T-340 de 2020**, Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez Bogotá DC, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020) y esto aclaró sobre este punto:

*“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. (destacado mío)
...(...)*

*Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso subjudice. 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”⁹. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. (destacado por la Corte)*

7 Entiéndase por “mismos empleos”, los que corresponden a igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC.

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

⁹ Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos

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.

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. (destacado mío)

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"**, 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.”¹⁰. (destacado por la Corte)

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**

10 Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: <https://www.cns.gov.co/index.php/criterios-unificadosprovision-de-empleos>.

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.
(destacado mio)

El Artículo 30 de la ley 909 de 2004 le fijo a la CNSC, a ella y sólo a ella, la ejecución de los concursos y el último inciso estableció que *Las entidades que utilicen las listas de elegibles resultados de los concursos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil deberán sufragar los costos determinados por la citada Comisión.*

Por ello, la CNSC con autoridad, realiza estos mismos planteamientos en el Acuerdo 165 de 2019, de Uso de Listas. Es decir que no puede la **GOBERNACION DE SANTANDER** afirmar que no va a surtir las vacantes definitivas iguales a las que concurse, pues le compete a la CNSC, decir cuales listas se deben utilizar para llenar las vacantes.

SE VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD

Como lo mencioné, la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** no efectúa la solicitud de autorización de Uso de listas sobre todas las vacantes definitivas que se han generado luego de cerrada la OPEC de la Entidad, donde existen 4 en el empleo de SECRETARIO, Código 440, Grado 3, siendo así que se vulneran mis Derechos fundamentales, es decir el concurso no tuvo ningún efecto, ni su vigencia. Mientras que esto sucede en la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** en otras entidades del país, estas si han realizados los trámites estipulados por la CNSC en la circular 001 de 2020.

El Uso de Listas de igual forma ha tenido un desarrollo jurisprudencial, que la protege, veamos: ***En la Sentencia T-1241/01...*** *“Es claro que la Constitución prefirió el sistema de carrera para la provisión de los cargos del Estado (artículo 125 de la CP), y dentro de éste el método de concurso, como una manera de asegurar que el mérito sea el criterio preponderante para el ingreso y ascenso en los empleos públicos. En ese orden de ideas, se intenta garantizar la objetividad en la selección, de acuerdo con el puntaje con que se califiquen los conocimientos, la aptitud y la experiencia del aspirante. Se descarta así el abandono de los candidatos al capricho del nominador que, de disponer de absoluta discrecionalidad en la vinculación de los empleados, podrían prevalecer criterios subjetivos en su decisión.*

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

Un precedente judicial, importante, es el proferido por el Tribunal superior de Medellín, SALA PENAL Magistrado Ponente: JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ. Tutela de segunda instancia 2020-00051. Aprobado mediante acta 85 el 18 de Agosto dos mil veinte (2020), la cual se anexa a la presente acción, transcribiendo estos apartes:

Resulta evidente que ha operado un tránsito de legislación durante la vigencia de la lista de elegibles a la que pertenece la accionante y no se desconoce que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas. No obstante, jurisprudencialmente se ha aceptado una modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que conforme a lo expuesto en la sentencia T-564 de 2015 consiste en:

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

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.”¹¹ (subrayas de la sala)

Como consecuencia de lo anterior, queda claro que una norma posterior podrá regular situaciones anteriores a su promulgación, siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas bajo la vigencia de la ley antigua.

Pues bien, no cabe duda que los aspirantes a cargos públicos que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa de ser nombrados (salvo aquél que ocupe el primer lugar de quien se predica un derecho adquirido).

Tampoco hay dudas de que, en virtud de los principios que rigen la función pública y la carrera administrativa, los nominadores tienen restringida la facultad discrecional a efectos de proveer un cargo y, por el contrario, es un deber legal el acudir a las listas de elegibles para proveer las vacantes de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos. Con ello se garantizan el derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos y funciones públicas (Artículo 40 de la Constitución Política), la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público para el cumplimiento de los fines del Estado (Artículos 1, 2, 122 a 131 y 209), y la protección de los derechos subjetivos a los que tienen derecho las personas vinculadas a la carrera (Artículos 53 y 125). Con base en estas consideraciones la Sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a la lista de elegibles a la que pertenece la accionante, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016. Incluso, esta posición fue adoptada por el mismo ICBF tanto en la respuesta otorgada a la petición radicada por la accionante, como en la contestación a la presente acción de tutela¹².

La misma decisión continúa:

Se desconocieron los principios fundamentales del acceso a la carrera administrativa y se vulneraron los derechos de la accionante.
En criterio de esta Sala el proceder de las entidades accionadas desconoce los

¹¹ Posición adoptada igualmente en sentencias T-569 de 2011 y T -156 de 2012, entre otras.

¹² Ver oficio 20201210000052101 del 27 de febrero de 2020 y contestación emitida por el ICBF obrantes en el expediente digital.

principios de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, en especial, los contenidos en el artículo 125 de la Constitución Política, tal como fueron tratados ampliamente en la Sentencia C-288 de 2014 que recoge nutrida jurisprudencia y explica a fondo los bases sobre las que se erige la función pública igualdad, mérito y estabilidad).

Considerando como se hizo la necesidad de aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, se concluye que las nuevas vacantes permanentes creadas para el empleo de Profesional Universitario grado 9 Código 2044, debieron ser ocupadas por aquellas personas que conformaron las listas de elegibles vigentes para dichos cargos, situación en la cual se encontró la accionante al momento de interposición de esta acción constitucional.

Debe enfatizar esta corporación que Diana Gissela desde el pasado 29 de enero solicitó tanto a la CNSC y como al ICBF, entre otras cosas, que realizaran los actos tendientes para proveer las 13 vacantes Código 2044 Grado 9 que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, haciendo uso la lista de elegibles contenida Resolución No. CNSC – 20182230073335 del 18-07-2018, a la cual pertenece. Pese a que en la respuesta otorgada el ICBF manifestó encontrarse adelantando las acciones para acceder a su solicitud, al momento de pérdida de vigencia de la lista de elegibles transcurrieron más de cinco (05) meses sin que se concretaran dichas labores.

Encontrarnos así, que efectivamente se ha desconocido tanto el precedente jurisprudencial en torno a la provisión de los cargos de carrera administrativa, como las normas de orden Constitucional y Legal que se han dispuesto específicamente para suplir dichos cargos. Tal como se desprende de las normas en cita, es a la CNSC a quien le compete analizar la alegada equivalencia entre el cargo al cual aspiró la accionante durante el concurso y el que se encuentre vacante, previa solicitud por parte del ICBF y registro de las vacantes en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO) para así autorizar al nominador su designación en éste último. Acciones que, pese al tiempo transcurrido desde la expedición de la ley 1960 de 2019 y de la solicitud radicada por la accionante, aún no han sido adelantadas por el Instituto de Bienestar Familiar.

Aunque se alega que se dichas gestiones administrativas “se están adelantando” lo cierto es que no obra constancia alguna de que efectivamente haya una solicitud de autorización para el uso de la lista ante la CNCS o una respuesta efectiva por parte de esa institución.

Por los motivos hasta aquí expuestos se hace menester revocar la decisión que vía impugnación se revisa, para en su lugar conceder la protección constitucional invocada a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad de la señora Diana Gisela Heredia Serna, correspondiendo entonces a este Tribunal ordenar que se eleve la solicitud ante la CNSC para que sea ésta quien determine la alegada equivalencia de cargos que permita nombrar en periodo de prueba a las personas que hacen parte de la lista de elegibles creada mediante Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018, de la cual la accionante ocupa el puesto número 7° tal como lo registran las pautas de la convocatoria.”

SE VULNERA EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Colombia es un estado Social de Derecho, esto significa que la sociedad reconoce en el Estado y sus instituciones una legitimidad, lo que permite la regulación de las interacciones en todos los ámbitos de la vida, en contraprestación la sociedad y sus integrantes confían en el buen actuar del Estado, esto es conocido como el principio de la Confianza Legítima. La Corte Constitucional en sentencia C-131 de 2004 estableció:

“(…) PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Concepto:

En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación. (…)”

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA EN CONCURSOS DE MERITOS

La acción de tutela establecida por el constituyente de 1991, en el artículo 86 de la Carta Política, fue instituida con el firme propósito de garantizar a todas las personas que habitan el territorio nacional, la efectividad en el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión proveniente de una Autoridad Pública o de un particular en los casos determinados por la Ley. Para mi caso, y de acuerdo a lo relatado por hacer parte de la lista de elegibles conformada mediante Resolución 20202320055995 DEL 22-04-2020 cuya firma es del 02 de octubre de 2020, es constitucionalmente procedente brindarme protección.

La Sala,¹³ con fundamento en la sentencia T-388 de 1998 de la Corte Constitucional, ha precisado que la acción de tutela procede para proteger los derechos fundamentales vulnerados con ocasión de los concursos de méritos adelantados para proveer empleos públicos *“porque se ha considerado que las acciones contenciosas administrativas con las que cuentan los ciudadanos carecen de eficacia necesaria para conferir una protección integral y eficaz de los derechos de rango fundamental que puedan estar comprometidos”*¹⁴.

La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia

13CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA
Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO, Bogotá, D.C, diez (10) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00603-01(AC)

14 Cfr. Sentencia del 27 de agosto de 2009, exp No. 2009-00084. Respecto del tema también pueden consultarse las sentencias del 1 de noviembre de 2007, exp. 05001-23-31-000-2007-02525-01; del 8 de noviembre de 2007, exp. 25000-23-25-000-2007-02121-01; del 6 de agosto de 2008, exp. 05001-23-31-000-2008-00760-01 y del 3 de abril de 2008, exp. 41001-23-31-000-2008-00039-01.

ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”¹⁵, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos ¹⁶.

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS¹⁷-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que 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 algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera.

Por lo tanto la vía para garantizar la defensa de los derechos fundamentales vulnerados al Acceso a cargos públicos del Estado, al de Igualdad, a recibir la misma protección y trato de las autoridades, al de confianza legítima, al debido proceso administrativo, al trabajo, a la buena fe, al interés legítimo en la Carrera Administrativa, el respeto al mérito, la transparencia y publicidad de las actuaciones administrativas y a las legítimas expectativas, es en el presente caso la Acción de Tutela, para evitar un perjuicio irremediable, ya que de acudir a las Acciones Contencioso Administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia y eficacia, porque tendría que esperar varios años a que se resolviera la controversia, momento para el cual ya habrá expirado la vigencia de las listas o ya se habrían llenado las plazas vacantes después de haberse convocado a un nuevo concurso.

En hilo de lo expuesto, se concluye que según lo fijado por la CNSC y conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si no se aplican las reglas de la convocatoria, 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 de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

PETICION

Se ampare el derecho fundamental de igualdad de acceso a la carrera administrativa por meritocracia (artículo 13, artículo 40 numeral 7 y artículo 125 constitucional), Igualdad (artículo 13 constitucional), debido proceso (artículo 29 constitucional) y confianza legítima y,

1. ORDENAR al **GOBERNADOR DE SANTANDER** o a quien él delegue, que proceda de manera inmediata a realizar la solicitud de Autorización del Uso de Listas de elegibles a la CNSC, conforme a las reglas del concurso y las directrices de la CNSC para surtir las vacantes definitivas en los mismos empleos de **SECRETARIO, Código 440, Grado 8**, del Sistema General de Carrera de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, con la lista de elegibles conformada en la Resolución 20202320055995 DEL 22-04-2020 cuya firmeza vence el 01 de octubre

¹⁵Sentencia T-672 de 1998.

¹⁶ Sentencia SU-961 de 1999.

¹⁷ T-112 A -2014

de 2022, en la cual me encuentro ocupando el segundo (2) lugar actualmente dentro de la Lista de Elegibles.

2. **ORDENAR** a la CNSC que realice el estudio técnico de la Resolución 20202320055995 DEL 22-04-2020 la cual se conformó para proveer once (11) vacantes existentes en la OPEC 29795 y remita dentro del término de 48 horas, la autorización con los nombres para cubrir la vacante definitiva del empleo de **SECRETARIO, Código 440, Grado 8** de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**.

Pretensiones subsidiarias.

PRIMERO: Se le indique límites en tiempo a la **GOBERNACION DE SANTANDER** y a la CNSC para realizar los trámites administrativos y financieros, en especial que el tiempo no sea superior a la vigencia de las listas de elegibles.

PETICIONES ESPECIALES

1. Si bien la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-** no ha vulnerado derecho fundamental alguno, sí es necesaria su intervención en el presente proceso por el esclarecimiento y criterio jurídico importante que puede ofrecer respecto de lo sucedido, al ser la entidad que regula el uso de listas de elegibles, así como tener participación en los hechos relacionados al expedir las Convocatorias, las circulares y los criterios Unificados sobre uso de Listas de elegibles, para el nombramiento inmediato de quienes nos encontramos para proveer un cargo de carrera dentro de una Lista de Elegibles de Concurso de Méritos que tenga firmeza.
2. De igual manera solicito se vincule a los terceros interesados tales como los funcionarios que estén ocupando dichos cargos en provisionalidad o en encargo, al interior de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**.
3. Que se haga seguimiento estricto a las órdenes impartidas por este despacho dispensador de Justicia.

PRUEBAS

DOCUMENTALES

1. Copia Resolución Lista de elegibles 20202320055995 DEL 22-04-2020
2. Pantallazo de la firmeza es del 02 de octubre de 2020
3. Copia de Derecho de Petición del 14 de ENERO de 2021 Uso de listas a la **GOBERNACION DE SANTANDER**
4. Copia de Respuesta al Derecho de Petición de la **GOBERNACION DE SANTANDER DEL 2021-04-08** de 2021
5. Copia de Derecho de Petición del 09 de ABRIL de 2021 Uso de listas a la **CNSC**
6. Copia de Respuesta al Derecho de Petición de la **CNSC DEL 31 de MAYO** de 2021
7. Criterio Unificado de Uso de listas de elegibles para “mismos empleos”
8. Circular 001 de 2020 de la CNSC
9. A manera de ejemplo Autorización DE USO DE LISTAS radicado de salida 20211020057021 – CNSC del 20 de enero de 2021
10. Sentencia T-340 de 2020

COMPETENCIA

De ese Honorable Juzgado, según lo previsto en el artículo 1 ° del Decreto **333 de 2021**, Numeral 2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.

NOTIFICACIONES

TUTELANTE: En virtud del artículo 16, numeral 2 y 56 de la Ley 1437 de 2011, autorizo expresamente para recibir **NOTIFICACIONES**, al correo electrónico fredeser26@hotmail.com y al celular 3168222994.

AL DEMANDADO: De conformidad con lo establecido por el artículo 197 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se informa que la GOBERNACION DE SANTANDER, recibirá las notificaciones judiciales al correo electrónico: notificaciones@santander.gov.co

EL VINCULADO: De conformidad con lo establecido por el artículo 197 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se informa que la CNSC recibirá las notificaciones judiciales al correo electrónico: notificacionesjudiciales@cncs.gov.co

A los vinculados que se hallan ocupando los empleos en provisionalidad o en encargo desconozco sus direcciones de notificación, sin embargo, se puede realizar a través de la **GOBERNACION DE SANTANDER**, entidad donde laboran.

Respetuosamente;



JOHN FREDY DELGADO SERNA
C.C. No. 1.098.656.319
OPEC 29795