

Bucaramanga, 14 de septiembre de 2022

JUZGADO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA DE TUTELA o de Igual categoría - REPARTO
E. S. D.

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA CON MEDIDA CAUTELAR

ACCIONANTES: ELKIN FABIAN RIVERO PICO
EMILSE SILVA GARCÍA

ACCIONADAS: GOBERNACIÓN DE SANTANDER
COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC

VINCULADOS: Funcionarios públicos encargados y provisionales que ocupan empleos de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10 OPEC 30424 de la Gobernación de Santander y demás elegibles de la lista.

ELKIN FABIÁN RIVERO PICO y EMILSE SILVA GARCÍA, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, con domicilio en Bucaramanga; concursantes de la convocatoria 505 de 2017 para la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, para la OPEC 30424, al cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación de Santander, e integrantes de la Resolución de Listas de elegibles No. CNSC- 20202320056005 del 04- abril de 2020 **cuya firmeza vence el 02 de octubre de 2022**, en nuestro propio nombre, ante el despacho a su digno cargo, interponemos **ACCIÓN DE TUTELA** contra la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, y a la **CNSC**, con base en las razones de hecho y de derecho que exponemos; solicitamos que en virtud del artículo 86 de la Constitución Política, se tutelén nuestros 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 indirecta (con cobro)** con nuestros nombres, que la Gobernación de Santander debe realizar a la CNSC sobre las vacantes nuevas que se han generado posterior al cierre de la OPEC, y las que se generen en el futuro; y, a la efectividad de los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica, interés legítimo en la carrera administrativa, respeto al mérito y a 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 sobre todas las vacantes definitivas pese a existir al menos seis (6) de ellas **en “los mismos empleos”** que se han generado con posterioridad al cierre de la OPEC. En la mencionada lista, inicialmente ocupamos los puestos **77 y 78** respectivamente y en ella ocupamos actualmente el 4º y 5º lugar, en virtud de la recomposición de las listas luego de los nombramientos ya realizados, en virtud de una autorización de uso que se realizó en días pasados.

MEDIDAS PROVISIONALES

Atendiendo la posibilidad de solicitar una protección de manera temporal y hasta que se resuelva el presente trámite constitucional para evitar un perjuicio irremediable, conforme a lo consagrado en el artículo 7 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, solicito al honorable Juez, que se decrete provisionalmente y de manera cautelar, **SUSPENDER la VIGENCIA DE LA FIRMEZA DE LA LISTA DE ELEGIBLES, cuya firmeza vence el 02 de octubre de 2022** de la OPEC 30424 del cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407 de la Gobernación

de Santander, a fin de evitar que fenezca su vigencia ante el trámite de autorización de Uso de listas elegibles por parte de la CNSC, por cuanto resultará ineficiente la tutela de los derechos pedidos en protección, haciendo intrascendente el fallo y la protección concedida, la medida provisional se halla debidamente argumentada, además está acreditada la situación lesiva, la titularidad del derecho, la urgencia y necesidad.

La medida provisional de suspensión de un acto administrativo que presuntamente amenaza o vulnera un derecho fundamental, pretende evitar que la amenaza al derecho se convierta en violación o que la violación del derecho produzca un daño más gravoso que haga que el fallo de tutela carezca de eficacia en caso de ser amparable el derecho.

En cuanto a la solicitud de medida provisional pretendemos evitar que la amenaza contra el derecho fundamental del mérito se convierta en violación y se torne más gravosa ante la pérdida de vigencia y las mismas pueden ser adoptadas durante el trámite del proceso o en la sentencia. Así dijo la Corte Constitucional en Sentencia T-333 del 17 de octubre de 2013:

“Esta Corporación ha establecido que la suspensión del acto violatorio o amenazador de un derecho fundamental “tiene como único objetivo la protección del derecho fundamental conculcado o gravemente amenazado y, obviamente, evitar que se causen mayores perjuicios o daños a la persona contra quien se dirige el acto”. Igualmente, ha sido considerado que “el juez de tutela puede ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”. M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos-

Además, para el decreto de las medidas cautelares en términos generales, la doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes en señalar que se requiere la concurrencia de unos requisitos, a saber (i) *Fumus boni iuris*, o *aparición de buen derecho*, (ii) *periculum in mora*, *relacionado con la urgencia de adoptar una medida para evitar un perjuicio irremediable*, y, (iii) *la ponderación entre los intereses en colisión en el caso concreto*. Una vez verificado por parte del juez la concurrencia de los dos primeros requisitos, le corresponde realizar un test de proporcionalidad, con el fin de determinar si la concesión de la medida es o no viable.

Por su parte, el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 le otorgó al juez constitucional la facultad de decretar medidas provisionales en las acciones de tutela. Sobre este particular, la Corte Constitucional en providencia del 18 de septiembre de 2012 precisó:

“(…) 2. La medida provisional de suspensión de un acto concreto que presuntamente amenaza o vulnera un derecho fundamental, pretende evitar que la amenaza al derecho se convierta en violación o que la violación del derecho produzca un daño más gravoso que haga que el fallo de tutela carezca de eficacia en caso de ser amparable el derecho. Como su nombre lo indica, la medida es provisional mientras se emite el fallo de tutela, lo cual significa que la medida es independiente de la decisión final.

3. El juez de tutela podrá adoptar la medida provisional que considere pertinente para proteger el derecho, cuando expresamente lo considere necesario y urgente. Esta es una decisión discrecional que debe ser “razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada” (...)”¹

Con el merecido respeto de este despacho, me permito transcribir apartes del Auto Admisorio de fecha veintinueve de junio de dos mil veintidós del JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGO en el trámite de

¹ Corte Constitucional Auto A/207-12

tutela presentada por la señora EVELYN JOHANNA HERNÁNDEZ HOYOS vs. CNSC y Municipio de Cartago radicado 76147-3333-003-2022-00455-00

*“Para el particular, la señora EVELYN JOHANNA HERNÁNDEZ HOYOS, solicita en su escrito introductorio, medida provisional, consistente en ordenar “SUSPENDER LA FECHA DE VENCIMIENTO DE LA FIRMEZA DE LA LISTA DE ELEGIBLES conformada por la Resolución de Listas de elegibles No. CNSC- 20202320056005 del 04- abril de 2020 **cuya firmeza vence el 02 de octubre de 2022**, para la OPEC 73015, del cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 6 de la ALCALDÍA DE CARTAGO, cuyo vencimiento es el 7 de julio de 2022, con el fin de posibilitar el trámite de nombramiento”.*

Sobre el particular, debe precisar el Despacho que el vencimiento de lista de elegibles es un asunto de disposición legal, esto es, la ley establece el tiempo de duración o vigencia de las listas de elegibles, por lo tanto, no es posible para el Juez de Tutela, desconocer una disposición normativa y otorgar una vigencia superior a la lista de elegibles.

A pesar de esto, considera el Despacho que el núcleo esencial de la acción de tutela, consiste en la demora en el nombramiento de la actora en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 06 de la Alcaldía de Cartago, ya que después de la renuncia del primero de la lista desde el mes de abril del presente año, no se ha procedido al nombramiento de la accionante, a pesar de requerirse a la CNSC por parte del municipio de Cartago.

En este sentido, y atendiendo que se presenta una mora injustificada por parte de las accionadas para nombrar en propiedad a la demandante, quien superó el concurso de méritos y actualmente se encuentra en el primer puesto para ocupar el cargo, se decretará como medida cautelar, que el municipio de Cartago proceda a nombrarla en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 06 de ese municipio, antes del 07 de julio de 2022, esto es, en vigencia de la lista de elegibles que actualmente ocupa la accionante.

En tales condiciones, se colige que en el presente caso se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, en razón a que se presenta la circunstancia de inminente perjuicio para proteger los derechos invocados como amenazados o vulnerados de la accionante, ya que la lista de elegibles vence el próximo 07 de julio de 2022 y la vacante se produjo desde el mes de abril del presente año, sin que a la fecha de proferir este auto se cuente con el nombramiento de la accionante.”

En otro pronunciamiento, así lo considero factible la Corte Constitucional en Sentencia T-112 – A de la Corte Constitucional:

“Es oportuno aclarar que actualmente la lista de elegibles ha perdido vigencia. Conforme al artículo 15 de la resolución 3037 de 2011 de 10 de junio de 2011, las listas de elegibles conformadas a través de dicho acto administrativo tendrán una vigencia de dos años desde la fecha de su firmeza. Conforme a lo publicado por la CNSC, la fecha de firmeza fue el 29 de junio de 2011, de forma tal que su vigencia fue hasta el 29 de junio de 2013. Sin embargo, la señora Torres Rodríguez, elevó el presente amparo antes de que la lista de elegibles perdiera vigencia buscando ser nombrada en un empleo igual o equivalente al que ella participó, tal como las normas del concurso que regían lo permitían, o por lo menos que se elevara la solicitud de autorización del uso de la lista de elegibles a la CNSC, por lo que dicha lista tiene plena aplicabilidad en el caso en estudio.”

MEDIDAS PROVISIONALES-Finalidad

La protección provisional está dirigida a: i) proteger los derechos de los demandantes con el fin de impedir que un eventual amparo se torne ilusorio; ii) salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en discusión o en

amenaza de vulneración; y iii) evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos objeto de análisis en el proceso, perjuicios que no se circunscriben a los que pueda sufrir el demandante. De ahí que, el juez está facultado para “ordenar lo que considere procedente” con arreglo a estos fines (inciso 2º del artículo transcrito).²

PERJUICIO IRREMEDIABLE

Teniendo en cuenta que el concurso de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER se inició en el año 2017, es decir hace cinco años, además que la vigencia de la precitada Lista de Elegibles está próxima a vencer, la excesiva demora en terminar el concurso, ya que le hemos venido solicitando con anterioridad el trámite de uso de listas indirecto, aunada a la respuesta negativa de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** en cuya entidad existen al menos seis (06) vacantes definitivas **en “los mismos empleos”**, con igual denominación, código y grado, iguales funciones y requisitos de ingreso, vacantes que se han generado posteriormente al cierre de la OPEC, se aprecia la clara intención de burlar así el Debido proceso y otros derechos fundamentales, circunstancia que nos causa un perjuicio irremediable pues los trámites ante la CNSC son dispendiosos y el término de la vigencia de las Listas de Elegibles esta por vencer, pese a nuestros requerimientos; se trata del deber y obligación de llamar a quienes continúan en el orden de Lista de Elegibles para ocupar esas vacantes como ocurrió hace poco con la autorización de uso para otros 10 elegibles de esta misma lista y no permitir que se ejerzan dichas funciones a través de provisionalidades, o 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 planteamos 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, debido a los trámites administrativos que faltan por surtirse, vulnera el Derecho al trabajo y el de igualdad de acceso a los cargos públicos que nos corresponde. La **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** desconoce el derecho que tenemos quienes nos encontramos en las listas de elegibles en espera, pues, sólo reporta las vacantes, más no solicita a la CNSC la autorización del **uso de listas indirecta (con cobro)** de nuestra lista para proveer las vacantes que se han generado en los mismos empleos, tal como ha ocurrido en otras ocasiones ; 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 nuestro ámbito material y moral, padezcamos 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 nuestro posterior nombramiento en estricto orden de mérito y posesión en el cargo se ha efectuado, lo cual implica que 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 nos afecta a nosotros sino que a futuro puede afectar al Estado, en virtud de las reclamaciones judiciales indemnizatorias que podamos efectuar los suscritos.

Adicional a lo anterior debemos poner de presente su señoría que esta decisión nos ha ocasionado un profundo daño moral debido al sentimiento de injusticia, impotencia, y frustración que la situación nos ha generado, considerando que hace

² Sentencia T-103/18

un tiempo hemos venido haciendo indagando y realizando la solicitud y verdaderamente no podemos entender como habiendo superado el concurso de méritos compitiendo con otras personas, estando actualmente en puestos de elegibilidad, prefieran ocupar dichas vacantes con provisionalidades, prácticamente nos excluyen del concurso.

Este daño ha trascendido de esfera personal a la de nuestras familias, quienes han sufrido con nosotros el desespero de esta situación, toda vez que ya contaba 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 méritos

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”.

La tutela es el medio idóneo para controvertir en el trámite de un concurso, los actos caprichosos de la Administración y que les ponen fin a las expectativas ciertas de los concursantes. Al respecto me permito transcribir el pronunciamiento del Consejo de Estado frente a la procedibilidad de la Tutela frente a los actos de trámite en los concursos de méritos:

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.³

En esos términos tenemos que la acción de tutela ha sido consagrada como una herramienta procedimental preferente, sumaria e informal, que puede ser invocada por una persona, natural o jurídica, que considere violados sus derechos fundamentales por la acción y omisión de una autoridad o un particular, siempre que no cuente con otros medios de defensa judicial, ni pretenda obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, dado que son derechos de carácter legal en disputa que deben ser discutidos ante la justicia ordinaria o contenciosa administrativa, según sea el caso, salvo que el amparo sea invocado como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de 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-

El máximo tribunal de la Jurisdicción Constitucional, ha dejado la puerta abierta para la procedencia de la acción de tutela y la ha establecido como un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales y estableció que en aquellos casos en donde lo pretendido es la exigencia de que las autoridades den cumplimiento de las normas aplicables al proceso de selección que lo

³ Sentencia 00294 de 2016 Consejo de Estado

reglamentan, “en principio, sería procedente la acción de cumplimiento, (...) Sin embargo, esta acción no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela. Tampoco procede cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez encuentra que se configura un perjuicio irremediable”

(Destacado fuera de texto)

ACCIONES Y OMISIONES QUE MOTIVAN LA PETICIÓN Y QUE FUNDAMENTAN LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES (HECHOS)

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

2. Por parte de la CNSC y para efectos de dar mayor ilustración a este honorable despacho, nos permitimos 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, grado, 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 nuestra autoría)

3. Dentro de las vacantes definitivas se ofertaron sesenta (60) cargos vacantes denominadas **AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10**, identificados con la OPEC 30424, a cuyo cargo nos inscribimos por cumplir con los requisitos y contar con las competencias.

4. De otra parte, el artículo 55 del **Acuerdo No. CNSC – 20171000001166 del 22 de diciembre de 2017** “Proceso de Selección de Santander No. 505 de 2017” 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 51° y 52° del presente Acuerdo. Por esta razón nos encontramos ocupando el 4° y 5° lugar.*

5. La CNSC expidió la Resolución de Lista de elegibles N°20202320056005 del 04/04/2020 con firmeza del 02-oct. de 2020, ocupando los puestos **77 y 78**. (vale aclarar que, los elegibles ubicados en las posiciones (1), (19) (24), (39), (41), (48), obtuvieron puntajes totales, razón por la cual más de un elegible ocupó la misma posición en condición de empatados.) y en ella nos encontramos ocupando actualmente el 4° y 5° lugar, en virtud al nombramiento de quienes nos antecedían incluyendo al elegible número 74, LUIS ALONSO PULIDO RANGEL, quienes fueron autorizados el pasado mes de agosto de 2022 para ser nombrados por la CNSC mediante el **uso de listas indirecto (con cobro)**.

6. También debemos precisar que de la lista inicial fueron derogados los nombramientos en periodo de prueba de seis (6) de los elegibles ubicados en las posiciones uno (1), treinta (30), treinta y ocho (38), cuarenta (40), cuarenta y seis (46), cincuenta y dos (52) puesto. En virtud a ello fueron nombrados por uso de listas **directa (sin cobro)** a quienes se encontraban en las posiciones 55°,56°, 57°, 58° y 59° Y 60°, de la misma Resolución de Lista de elegibles N° 20202320055905 del 04/04/2020.

7. Estos puestos en el 4° y 5° lugar respectivamente, los estamos ocupando ya que de los elegibles que nos antecedían se han venido posesionando y a otros se les ha venido derogando los nombramientos, como dijimos, por diversas causas; en conclusión, han nombrado hasta la posición 74, **usando la lista de elegibles de manera directa, sin pago a la CNSC,** y se está a la espera que otros seis (6) elegibles más, previo a la autorización de **uso de listas indirecta (con cobro)** que la CNSC debería otorgar, lo cual ocurriría si la GOBERNACIÓN DE SANTANDER solicita el uso de la listas de elegibles, de esta manera, no se vulneraría el debido proceso ni el derecho a la Igualdad, habida cuenta que la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, le han sido otorgadas dos autorizaciones.

8. La primera autorización de la que hablamos fue expedida por la CNSC el 30 de abril de 2021, del siguiente tenor:

Asunto:	Autorización uso de listas de elegibles (Sin Cobro) para proveer unas vacantes en los empleos ofertados en el Proceso de Selección Nro. 505 de 2017. Radicado Nro. 20216000519822 del 10 de marzo de 2021.
---------	---

·Para la provisión de seis (6) vacantes en el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 30424 denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 10, es posible hacer uso de la lista de elegibles, con los elegibles que se relacionan a continuación:

POSICIÓN EN LA LISTA	RESOLUCIÓN	ENTIDAD	EMPLEO	PUNTAJE	CÉDULA	NOMBRE	FIRMEZA
55	20200330056005 del 22 de abril de 2020	GOBERNACIÓN DE SANTANDER	30424	88,88	██████	ANA FERNANDA ARENALES DIAZ	2 de octubre de 2020
56				88,73	██████	JOHANA SHIRLEY REYES FORERO	
57				88,61	██████	DARIO JOSE DOMINGO DIAZ SALAZAR	
58				88,50	██████	SANDRA MILENA PARRA LONDONO	
59				88,48	██████	MARTHA CECILIA QUIROGA PACHECO	
60				88,45	██████	IVONNE YANETH MOLICA RINCON	

9. La segunda autorización de la CNSC, ocurrió el pasado 25 de febrero de 2022, la CNSC bajo radicado 2022RS011009, expidió la Autorización de uso de lista de elegibles para proveer **10 nuevas vacantes** en los empleos identificados con el Código OPEC Nro. 30424 correspondiente a “*mismos empleos*” en cumplimiento del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, esto ante la solicitud elevada por la GOBERNACIÓN DE SANTANDER con Radicado Nro. 2022RE016419 del 4 de febrero de 2022, de esta manera recomponiéndose la lista y fue de la siguiente manera:

Al contestar cite este número
2022RS011009

Bogotá D.C., 25 de febrero del 2022

Doctora:
ELGA JOHANNA CORREDOR SOLANO
DIRECTORA ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO
GOBERNACIÓN DE SANTANDER
CALLE 37 NO. 10-30 PALACIO AMARILLO.
CA.SVARGAS@SANTANDER.GOV.CO

Asunto: Autorización de uso de lista de elegibles para proveer nuevas vacantes en los empleos identificados con el Código OPEC Nro. 22270, 30425, 30424 y 28754 correspondiente a “*mismos empleos*” en cumplimiento del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020

Referencia: Radicado Nro. 2022RE016419 del 4 de febrero de 2022

En atención a su solicitud, esta Comisión Nacional procedió a realizar el correspondiente estudio técnico de viabilidad de uso directo de listas de elegibles, cuyo resultado se encuentra en la certificación del analista de fecha 24 de febrero de 2022, previo agotamiento de los tres (3) primeros órdenes de provisión de que trata el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, concluyendo que:

POSICIÓN EN LA LISTA	RESOLUCIÓN	ENTIDAD	EMPLEO	PUNTAJE	CÉDULA	NOMBRE	FIRMEZA
62 ^a	20200230056005 del 22 de abril de 2020	GOBERNACIÓN DE SANTANDER	30424	68,30	5654100	EDWIN OSWALDO GARCES URIZA	02 de octubre de 2020 ^a
63				68,21	63397446	MARTHA LILIANA CASTELLANOS VARGAS	
64				68,19	1102378558	MIREYI ALEJANDRA ALMEIDA PLATA	
65				68,08	1100952436	INGRID MARLENY PIMENTA CALDERON	
66				68,01	28099261	OFELIA PINTO SANCHEZ	
67				67,71	1101992372	EMAR ALFONSO ESPITA GOMEZ	
68				67,67	37946988	FLOR ALBA OLAYA VELASCO	
69				67,63	1098706399	LIZETH VIVIANA GARNICA CELIS	
70				67,60	1101048668	MAUREN ELIANA SALAZAR PEREIRA	
71				67,57	10139204	CARLOS FERNEY JARAMILLO MAREN	

10. El propósito del empleo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10, el cual pertenece a la planta Global de la secretaría de Educación de Santander, con jurisdicción en todo el departamento de Santander, donde el empleo se puede desempeñar en cualquier municipio, y al cual concursamos es: *desarrollar los procesos organizacionales de la institución educativa a través del desarrollo de actividades administrativas, orientados al cumplimiento de los objetivos trazados en el plan educativo institucional.* Y los empleos vacantes tienen el mismo propósito y funciones

11. Inicialmente realizamos un derecho de petición con fecha 14 de julio asunto: Solicitud de información de conformación de planta y solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, radicado FOREST N° 2135866, dirigido a la Gobernación de Santander, donde además solicitamos el trámite de uso de listas de elegibles, para que con fundamento en 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 AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10 bajo la figura del **uso indirecto sobre nuevas vacantes,(con cobro).**

12. De acuerdo con el derecho de petición anterior, nos respondieron desde la GOBERNACIÓN DE SANTANDER lo siguiente con asunto Respuesta solicitud de información relacionada con el uso de la lista de elegibles OPEC 30424 con radicado de salida 20220186640 y fecha del 07 de septiembre de 2022: *Atendiendo la solicitud del asunto, se procede a dar respuesta a la petición de información indicando:*

A LA PETICIÓN PRIMERA. *Pese a la diligencia del Ministerio de Educación Nacional, actualmente no se ha posibilitado el aumento de planta para suplir las necesidades de las instituciones Educativas, a hoy, la planta cuenta con un número insuficiente para suplir todas las necesidades que poseen, por esto, la distribución y reubicación de los cargos administrativos en las instituciones educativas se hacen de forma permanente y de acuerdo a la necesidad del servicio, es decir, según el número de alumnos matriculados en cada institución con relación a los empleos disponibles en la planta, sin que esta situación de reubicaciones y traslados, originen **nuevas vacantes.***

Para las situaciones que proyectan los peticionarios respecto de los municipios de Coromoro y Oiba, aclara esta Dependencia que las reubicaciones entre Planteles Educativos no dan lugar al cambio del perfil de un empleo; una vez consultada la solicitud, se evidenció que en el municipio de Coromoro mediante Decreto N° 334

de 2022, el cual se anexa, se dio la reubicación de una funcionaria hacia Charalá, sin embargo, mantiene su empleo y la naturaleza del mismo; para el caso de Oiba, se evidenció que se han generado distintas reubicaciones que de igual manera, no han generado cambio de la naturaleza del empleo, es preciso mencionar que se generó una vacante para el empleo Auxiliar Área Salud Código 412 Grado 8 OPEC 29796, por lo tanto se realizó el respectivo reporte a la Comisión Nacional del Estado Civil CNSC, entidad encargada de autorizar el uso de lista de elegibles.

A LA PETICIÓN SEGUNDA. Conviene indicar y enfatizar por parte de esta Dependencia, que todas las reubicaciones, traslados y permutas que se generan al interior de la Administración Departamental, obedecen a la discrecionalidad y facultad otorgada por la Ley al Señor Gobernador para efectuar de manera eficiente y según su criterio, el manejo administrativo del Departamento de Santander, sin que esto sea del resorte de las listas de elegibles o generación de nuevas vacantes.

A LA PETICIÓN TERCERA. El estado actual de la lista de elegibles conformada para el empleo Auxiliar Administrativo Código 407 grado 10 identificado con la OPEC 30424 de la convocatoria 505 de 2017 de la Gobernación de Santander, en disposición del orden de mérito del listado de elegibles, la última autorización dada por la Comisión Nacional del Estado Civil CNSC, es para el concursante que ocupó la posición N° 74 LUIS ALONSO PULIDO RANGEL, esta dependencia se encuentra realizando la validación de documentos y verificación de requisitos mínimos para su nombramiento.

A LA PETICIÓN CUARTA. La lista de elegible conformada para ocupar las vacantes del empleo Auxiliar Administrativo Código 407 grado 10 OPEC 30424, primeramente, fue usada para proveer 60 empleos vacantes, no obstante, la Gobernación de Santander reportó a la CNSC mediante el aplicativo SIMO 4.0 la existencia de diez (10) vacantes correspondientes al mismo empleo al inicialmente ofertado, por su parte, la CNSC procedió a verificar que en la lista vigente se cumplieran las características del empleo, otorgando la autorización en estricto orden de mérito de proveer las diez (10) vacantes siguientes en la lista. Para las posiciones 72, 73 y 74 que interroga, esta dependencia se encuentra realizando la validación de documentos y verificación de requisitos mínimos para el derecho que les asiste de ser nombrados en período de prueba, haciendo parte de las diez (10) vacantes autorizadas recientemente por la CNSC.

A LA PETICIÓN QUINTA Y SEXTA. En la subsiguiente relación, se adjunta la información solicitada del empleo Auxiliar Administrativo Código 407 grado 10 de la Gobernación de Santander: (en un cuadro vienen relacionados los 226 empleos y su forma de provisión)

Del cuadro se observa que existen 9 vacantes definitivas ocupadas mediante provisionalidad, de las cuales descontamos 3 que están siendo nombrados en este momento

...(...)

TERCERO. Tras haberse cerrado la Convocatoria 505 de 2017 de la Gobernación de Santander, las vacantes que se han generado han sido reportadas a la CNSC para verificar que cumplan con el criterio de mismo empleo al ofertado en la OPEC 30424 Auxiliar Administrativo Código 407 grado 10, el requerimiento de los peticionarios del listado de vacantes, se evidencia en la información relacionada previamente en la respuesta a la petición quinta y sexta.

En cuanto a la petición principal, se precisa que:

Las solicitudes de gestión ante la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- de autorizar el uso de lista de elegibles, se ha realizado para las vacantes generadas con posterioridad al cierre de la convocatoria N° 505 de la Gobernación de Santander, así mismo y teniendo en cuenta que los señores Elkin Fabian Rivero Pico y Emilse Silva García, no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una posición meritoria de la lista de elegibles, se hallan en la espera de que se generen nuevas vacantes y se autorice el uso de lista, de igual forma,

recientemente se reportó por parte de la Administración Departamental la existencia de vacantes definitivas, expuesto lo anterior y de conformidad con el criterio establecido por la CNSC, se espera la respuesta de dicha entidad para conocer si se trata del mismo empleo Auxiliar Administrativo Código 407 grado 10 y por ende autoriza el uso de lista de elegibles en orden de mérito.

13. En la misma respuesta adjuntan el Decreto No. 334 la GOBERNACIÓN DE SANTANDER "**Por medio del cual se efectúa un traslado**"

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO. A partir de la fecha, reubicar un (1) empleo de **Auxiliar Administrativo**, Código 407, Grado 10, Nivel Asistencial, del **COLEGIO TECNICO AGROPECUARIO RAFAEL LEON AMAYA** del municipio de **COROMORO**, para el **COLEGIO JOSE ANTONIO GALAN** del municipio de **CHARALA**, con cargo al Sistema General de Participaciones.

ARTÍCULO SEGUNDO. A partir de la fecha, reubicar a **NINA PAOLA CASTILLO REYES** identificado con la cédula número 52436508, **Auxiliar Administrativo**, Código 407, Grado 10, Nivel Asistencial, del **COLEGIO TECNICO AGROPECUARIO RAFAEL LEON AMAYA** del municipio de **COROMORO**, para el **COLEGIO JOSE ANTONIO GALAN** del municipio de **CHARALA**, con cargo al Sistema General de Participaciones.

ARTÍCULO TERCERO. El presente Decreto rige a partir de la fecha de publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

13. Anteriormente, el 13 de mayo de 2022, la GOBERNACIÓN DE SANTANDER publica la Audiencia de escogencia de empleo para la Selección de diez (10) vacantes para provisión empleo identificado con el Código OPEC Nro. 30424 denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 10:

Resultado de este proceso, se determinó que la asignación de las vacantes para los elegibles es la siguiente:



No.	MUNICIPIO	Elegible
1	SOCORRO	EDWIN OSWALDO GARCES URIZA
2	SAN ANDRES	MARTHA LILIANA CASTELLANOS VARGAS
3	SOCORRO	MIREYI ALEJANDRA ALMEIDA PLATA
4	SOCORRO	INGRID MARLENY PIMIENTO CALDERON
5	COROMORO	OFELIA PINTO SÁNCHEZ
6	CONFINES	EIMAR ALFONSO ESPITIA GÓMEZ
7	FLORIAN	FLOR ALBA OLAYA VELASCO
8	SURATA	LIZETH VIVIANA GARNICA CELIS
9	JORDAN	MAUREN ELIANA SALAZAR PEREIRA
10	CIMITARRA	CARLOS FERNEY JARAMILLO MARIN

De estos 10 nombramientos, al parecer, uno no acepto, el señor **CARLOS FERNEY JARAMILLO MARIN**

14. Adicionalmente, en lo que tiene que ver con los encargos y del Uso directo e indirecto de listas de elegibles, la **CIRCULAR EXTERNA Nº 0007 del 05 de agosto de 2021:**

LINEAMIENTOS SOBRE EL ALCANCE DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL H. CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, EL 20 DE MAYO DE 2021, RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00795-00, FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE PROVISIÓN DE EMPLEOS DE CARRERA

ADMINISTRATIVA MEDIANTE ENCARGOS Y NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES:

(...)

1.2 Término de duración del encargo y del nombramiento en provisionalidad y deber previo de hacer uso de listas de elegibles vigentes

Con la expedición de la Ley 1960 de 2019, artículo 1°, fue modificado el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, eliminando la previsión "(...) y una vez convocado el respectivo concurso (...)", observando que con independencia que el empleo haya sido convocado a proceso de selección, el mismo puede ser provisto mediante encargo y excepcionalmente por nombramiento en provisionalidad, situación administrativa que no contempla término definido, toda vez que la modificación normativa también eliminó la expresión "El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses".

Se reitera el deber de los nominadores de verificar, previo a llevar a cabo el proceso de provisión transitoria de empleos de carrera administrativa en condición de vacancia definitiva, la existencia de listas de elegibles vigentes para el momento en el que surgió la vacante, tal como se indicó en el acápite precedente.

(destacado nuestro)

15. La entidad, sin tener en cuenta las directrices de la CNSC, ha publicado la convocatoria para proveer 8 vacantes por encargo, en las siguientes sedes: (anexamos las 8 convocatorias de la Gobernación de Santander, en Seis folios con seis (6) publicaciones de encargos en vacantes temporales y dos (2) folios con dos (2) publicaciones de encargos en vacantes definitivas)

VACANTES 2022			
	UBICACIÓN	COLEGIO	FECHA
1	Rionegro	Institucion Educativa el Porico	23-mar-22
2	Puerto Wilchez	Instituto Agropecuario San Pedro de Vijagal	29-may-22
3	Matanza	Colegio Lizcano Florez	23-mar-22
4	Lebrija	Colegio Integrado Nuestra Señora de las Mercedes	8-mar-22
5	El Carmen de Chucuri	Colegio San Luis Gonzaga	20-may-22
6	Betulia	Colegio Integrado Nuestra Señora de la Paz	23-mar-22
7	Lebrija	Colegio Portugal	
8	Onzaga	Colegio Nuestra Señora De fatina	

16. Como se observa, desde inicios del año 2022 hemos estado realizando consultas e interponiendo los distintos derechos de petición, solicitando a la Gobernación de Santander y a la CNSC el Uso de listas para cubrir las nuevas vacantes en los "mismos empleos" (al menos seis (6) de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10, identificado con el Código OPEC No. 30424, de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER.

17. En la respuesta de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, no se informa cuantas vacantes se reportaron, ni se indica si se elevó la solicitud de autorización lo que deja en vilo nuestros derechos, leamos:

En cuanto a la petición principal, se precisa que:

Las solicitudes de gestión ante la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- de autorizar el uso de lista de elegibles, se ha realizado para las vacantes generadas con posterioridad al cierre de la convocatoria N° 505 de la Gobernación de Santander, así mismo y teniendo en cuenta que los señores Elkin Fabian Rivero Pico y Emilse Silva García, no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una posición meritoria de la lista de elegibles, se hallan en la espera de que se generen nuevas vacantes y se autorice el uso de lista, de igual forma, recientemente se reportó por parte de la Administración Departamental la existencia de vacantes definitivas, expuesto lo anterior y de conformidad con el criterio establecido por la CNSC, se espera la respuesta de dicha entidad para conocer si se trata del mismo empleo Auxiliar Administrativo Código 407 grado 10 y por ende autoriza el uso de lista de elegibles en orden de mérito.

18. De lo que se colige que la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, al parecer si ha reportado en el SIMO las vacantes que han surgido en la entidad, pero no realiza la solicitud de autorización ante la CNSC para el Uso de Listas de elegibles, **CON PAGO** (uso indirecto) en estas vacantes definitivas que corresponden a “*los mismos empleos*”.

19. La CNSC a la fecha no ha respondido a los requerimientos de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, no ha realizado el estudio técnico de equivalencias y no ha expedido la autorización de uso de listas para cubrir las nuevas vacantes en los “*mismos empleos*”.

20. La GOBERNACIÓN DE SANTANDER tiene el deber de realizar 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.

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

21. Para el caso de al menos seis (6) vacantes definitivas **en “los mismos empleos”** que actualmente existen en La GOBERNACIÓN DE SANTANDER, para el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10, identificado con la OPEC 30424, 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.*

22. 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).

23. 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)

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 posea 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.**

24. De esta manera, la GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la CNSC desconocen 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.

25. 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 GOBERNACIÓN 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, la Gobernación de Santander 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.

26. Como referencia, señalamos a este respetable despacho, precedentes jurisprudenciales de la Corte constitucional importantes para desenvolver el problema jurídico 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".

27. Así las cosas y ante la demostrada firmeza y vigencia de nuestra lista de elegibles, y la existencia de al menos seis (6) vacantes definitivas **en "los mismos empleos"**, 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.

28. Sin embargo a la fecha la GOBERNACIÓN DE SANTANDER y la CNSC no realizan el debido proceso por nosotros peticionado, teniendo la obligación de elevar la solicitud de autorización a la CNSC, para que ésta sea quien realice el estudio técnico y establezca la posibilidad de proveer los empleos que hemos referido mediante el uso indirecto (con cobro), lo que demuestra la configuración del defecto procedimental absoluto; de igual manera, se observa que la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** nos 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.

29. Es preciso aportar a la presente Acción constitucional, las autorizaciones de uso de listas que ha obtenido la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** por parte de

la CNSC, con ello hacemos notar que se vulnera flagrantemente el derecho de “igualdad de acceso al desempeño de funciones públicas y cargos del Estado”.

30. 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 en ellas 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 ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA (30) de agosto de dos mil (2021) REF.: 2021-00383-01**

Así, se advierte que la petición del actor tiene vocación de prosperidad, en tanto que luce diamantino el incumplimiento de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, de reportar las vacantes nuevas ante la CNSC, ya sean estas 8 o las 6 indicadas en memorial del 26 de julio de 2021, así como de solicitar la respectiva autorización para el uso de la lista de elegibles, ante la recomposición automática de la misma, conforme a las normas en cita; porque pese a que afirmó en escrito de contestación de tutela, que sí las había reportado en la plataforma SIMO, ninguna prueba adosó al dossier, vulnerando así el debido proceso administrativo, bajo argumentos cimentados en el principio de legalidad, al cual se encuentra sometida la administración en todas sus actuaciones administrativas.

Aunado, a que se avizora que el actor tiene una alta probabilidad de ocupar una de las vacantes ofertadas, por su actual posición y la recomposición de la lista de elegibles, por ende, en aras de salvaguardar principios valiosos como el mérito y la carrera administrativa, razón le asiste al a quo en amparar los derechos deprecados y así evitar un perjuicio irremediable ante la cercana fecha de vigencia de la lista de elegibles - 01 de octubre de 2022.

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de Tutela proferida el día diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021) por el JUZGADO VEINTICINCO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA.

JUZGADO OCTAVO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Cuatro (4) de agosto dos mil veintiuno (2021), Radicado: 2021 00286 00

Es menester precisar que si bien es cierto, el acuerdo de convocatoria CNSC – 20171000001166 del 22 de diciembre de 2017, con los respectivos acuerdos aclaratorios, compilado a través del acuerdo N° CNSC – 20181000003616 del 7 de septiembre de 2018, que convocó a concurso abierto de méritos, del cual hace parte CLAUDIA LILIANA HERNÁNDEZ MATAJIRA se originó con antelación a la expedición de la ley 1960 de 2019, en todo caso, a la presente data el derecho que se adquiere de su participación, esto es posesionarse en el cargo para el cual se inscribió, sigue sin materializarse ante la vigencia de la lista de elegibles emitida por la CNSC mediante Resolución N°4692 de 2020 – 13-03-2020 “ Por la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer un (1) vacantes definitivas del empleo denominado Técnico Operativo, código 314, grado 6, identificado con el código OPEC N°22125, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DE SANTANDER, proceso de selección 505 de 2017 – Proceso de Selección Santander”.

Aunado a lo anterior, se cuenta igualmente con el criterio unificado emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, juicio que reúne los supuestos atinentes al uso de la lista de elegibles dentro del contexto de la ley 1960 de 2019, y extiende la viabilidad de aplicación para eventos como el de CLAUDIA LILIANA HERNÁNDEZ...

FALLA

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional rogado, dentro de la acción de tutela propuesta por **CLAUDIA LILIANA HERNÁNDEZ MATAJIRA** identificada con la cedula de ciudadanía N°37.746.655, dirigida contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC y GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, y demás personas vinculadas de la lista de elegibles de la OPEC 22125 del proceso de selección N°505 de 2017 – Santander “ y las personas con empleos técnico operativo, código 314, Grado 6, en la Gobernación de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC**, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente decisión, se pronuncie sobre la solicitud y/o reporte de vacantes realizado por la **GOBERNACION DE SANTANDER** mediante escrito radicado en esa entidad el 2021-06-24 12:43 9, respecto de empleo denominado Técnico Operativo, código 314, grado 6, identificado con el código OPEC N°22125, previa recomposición de listas, y proceda a emitir autorización y efectuar remisión de lista de elegibles a la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, lista que será encabezada por la señora **CLAUDIA LILIANA HERNÁNDEZ MATAJIRA**

TERCERO: ORDENAR a la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, para que una vez reciba la lista de elegibles por parte de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC**, dentro de los ocho (8) días siguientes haga uso de la misma, para proveer de manera definitiva las vacantes existentes, entendiendo con ello que disponga la valoración del cumplimiento de los requisitos por parte de la señora **CLAUDIA LILIANA HERNÁNDEZ MATAJIRA** para ocupar el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 6, en el sentido que de estar en posición de mérito por recomposición de listas, efectúe su nombramiento y posesión en el referido cargo dentro del término conferido, con la finalidad de que la actora pueda iniciar con el periodo de prueba.

- **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA**, nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación No. 2021-00332-00., considera:

Es que, cuando se trata de proveer una vacante de grado igual, con la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una mera facultad del nominador, por manera que la Gobernación estaría obligada a solicitar la autorización a la Comisión, en aras de proveer las vacantes definitivas con la lista de elegibles, garantizando así que sean los méritos los que sirvan de baremo objetivo para la provisión de la carrera administrativa.

Acreditada, entonces, la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo e igualdad, se ordenará a la Directora de Talento Humano de la Gobernación de Santander que solicite la autorización de uso de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva al cual aspiraron los demandantes, y se instará, adicionalmente, a la Comisión, para que efectúe el estudio correspondiente y resuelva de fondo tal petición.

RESUELVE:

PRIMERO. - CONCEDER el amparo deprecado por Oscar Mauricio Rodríguez Joya, Aldemar Santana Gualdrón, Claudia Yaneth Mesa, Danilsa Laguna Ayala, Alba Rosa Pérez Abril, María Nancy Manrique Ortiz, Bladimiraly Suarez Porras, Emilce Olarte Granados y, en consecuencia, **ORDENAR** a la Directora de Talento Humano de la Gobernación de Santander que, máximo dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la autorización de uso de la lista de elegibles de la cual hacen parte los demandantes, para proveer los cargos a los cuales aspiraron, que se encuentran actualmente vacantes.

SEGUNDO. - ORDENAR al Director de Carrera Administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil que, máximo dentro de los diez (10) días siguientes a la entrega de esa solicitud, proceda a realizar el estudio correspondiente y resuelva de fondo lo atinente a la autorización.

- 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...”

31. 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”.

32. Como lo hemos narrado, existen al menos seis (6) vacantes definitivas que se han generado por derogatorias de nombramientos, otras que se han generado por causas legales (Pensión, ascensos, retiros, etc.) y seguramente, se generarán en el futuro, por lo que se hace necesario obtener una orden para que no se sigan vulnerando los derechos fundamentales de quienes aplicamos y superamos un concurso de méritos cuando se generen vacantes, y con ello evitar que se siga gestionando el aparato judicial.

33. Entonces, según las normas de carrera citadas, es procedente utilizar la lista de elegibles contenida en la **Resolución- 20202320056005 del 04/04/2020, cuya firmeza vence el 02 de octubre de 2022**, para proveer vacantes definitivas que se hayan generado por cualquier causa legal específicamente a los cargos denominado **AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10**, 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.

34. 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*”

35. 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.**

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Nos encontramos legitimados para solicitar la tutela de nuestros derechos fundamentales y principios antes mencionados, por cuanto a pesar de encontrarnos en una lista de elegibles vigente ocupando lugares de elegibilidad y pese a la existencia de al menos seis (6) vacantes definitivas en “los mismos empleos” de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10, que se han generado por diversas causas y que aunque al parecer ya fueron reportadas en el SIMO, por la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, a su vez, ésta **no realiza la solicitud de autorización** ante la CNSC para el Uso del Banco Nacional de Listas de elegibles **indirecta (con cobro)** de estas mismas vacantes conforme es, y la CNSC tampoco realiza el estudio de equivalencias, dejando pasar el tiempo deliberadamente, sabiendo la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** y la CNSC que las vacantes definitivas en los mismos empleos deben ocuparse con la lista en la

cual nos encontramos de turno, afectando la legítima aspiración al cargo de nuestro 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 explicaremos.

JURAMENTO

Manifestamos señor juez, bajo la gravedad de juramento, que no hemos interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad, 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 – 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, “Convocatoria No. 505 de 2017 – PROCESO DE SELECCIÓN SANTANDER”, Resolución de lista de elegibles CNSC- 20202320056005 del 04/04/2020, La ley 1960 de 2019, 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, la circular 007 de 2021, la circular 011 de 2021 de la CNSC, El acuerdo 165 de 2020 modificado por el Acuerdo 13 de 2021 de 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.

Subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *“procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”*. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

En la Sentencia T-059 de 2019, en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

“En desarrollo del artículo 86 y del Decreto 2591 de 1991 es posible sostener que, por regla general, la acción de tutela no procede en contra de los actos administrativos adoptados al interior de un concurso de méritos, en la medida en que, para controvertir ese tipo de decisiones, en principio, los afectados cuentan con medios de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en este tema, existen dos excepciones: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso y (ii) cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable. (...) ... pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser

procedente, **de manera excepcional**, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo **no siempre son eficaces**, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que, a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico.

(...)

Así las cosas, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante.

En atención a lo anterior, la acción de tutela que se dirige en contra de la omisión administrativa de la CNSC para autorizar al menos seis (6) vacantes definitivas del **uso de listas directo (sin cobro)** y contra la GOBERNACIÓN DE SANTANDER de solicitar autorización de **uso de listas indirecta (con cobro)** de nosotros los elegibles, **cuya firmeza vence el 02 de octubre de 2022**, para nombrarnos en “los mismos empleos” para los que concursamos, tiene aplicación pues cumple con el requisito de subsidiariedad.

La Carta Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública. Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

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) [...]».*

ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS

La acción de tutela es un mecanismo constitucional, por medio del cual toda persona puede reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991.

El artículo 29 superior consagra el derecho fundamental al debido proceso que se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y que ha sido protegido en múltiples ocasiones por la jurisprudencia constitucional. Esta garantía protege derechos de orden procedimental cuya omisión no permitiría la realización efectiva de un Estado social de derecho

Tenemos entonces que la acción de tutela ha sido consagrada como una herramienta procedimental preferente, sumaria e informal, que puede ser invocada por un persona, natural o jurídica, que considere violados sus derechos fundamentales por la acción y omisión de una autoridad o un particular, siempre que no cuente con otros medios de defensa judicial, ni pretenda obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, dado que son derechos de carácter legal en disputa que deben ser discutidos ante la justicia ordinaria o contenciosa administrativa, según sea el caso, salvo **que el amparo sea invocado como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.**

Por otro lado, la Constitución Política de 1991 establece en el ordinal 7º 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.

Ahora bien, respecto al tema propio de debate, tenemos que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existe una diversidad de mecanismos de defensa para salvaguardar los derechos que nos asisten a los sujetos que aspiramos a ocupar puestos ofertados por entidades estatales a través de convocatorias públicas, dentro de las que se resaltan las acciones que pueden ser adelantadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón por la cual, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para asumir el conocimiento de los debates generados dentro o como consecuencia de dichos tramites, Sin embargo, frente a los actos de trámite como lo es la respuesta obtenida, no se puede ventilar ordinariamente ya que en la Jurisdicción Contenciosa se podrán demandar actos definitivos, además, para cuando se resuelva la controversia, la lista de elegibles habrá perdido su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, el máximo tribunal de la Jurisdicción Constitucional, ha dejado la puerta abierta para la procedencia de la acción de tutela y la ha

establecido como un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales en:

(i) “aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional”;
(ii) “cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño fundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

Así mismo, ese órgano de cierre, estableció que en aquellos casos en donde lo pretendido es la exigencia de que las autoridades den cumplimiento de las normas aplicables al proceso de selección que lo reglamentan, *“en principio, sería procedente la acción de cumplimiento, (...) Sin embargo, esta acción no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela. Tampoco procede cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez encuentra que se configura un perjuicio irremediable.”*

Ahora bien, en lo que atañe a la carrera administrativa como principio y garantía constitucional y del debido proceso, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, ha dejado en claro que la finalidad de la carrera es que el Estado pueda *“contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública.”* y que en consonancia con ello, mediante un proceso imparcial y con fundamento en una igualdad material, se provean los cargos que necesita el Estado para el desarrollo de sus fines.

Ahora bien, en lo que respecta a la utilización de listas previamente conformadas para suplir vacantes definitivas de cargos, la Corte ha dicho:

“(...) claro que si, como en el presente caso, las normas que regían la convocatoria señalaban expresamente la posibilidad de utilizar la lista de elegibles en empleos idénticos o equivalentes, debía hacerse uso obligatoriamente de dicha lista de elegibles.

Efectivamente en dicha sentencia de unificación se reiteró que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador. Por esta circunstancia la Gobernación de Santander estaría obligada a solicitar la autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en aras de proveer las vacantes definitivas con las listas de elegibles, garantizando así que sean los méritos los que sirvan de baremo objetivo para la provisión de la carrera administrativa.”

Por otro lado, como lo indica esa institución, constituye una violación al “debido proceso” toda aquella actuación judicial y/o administrativa, de la que dependa la definición de un derecho hacia un destinatario o usuario de la justicia en su amplia acepción (administrativa o jurisdiccional):

“El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho al debido proceso, tanto en actuaciones judiciales como administrativas. En este

orden de ideas, se trata de una garantía de los administrados en la medida en que asegura que todo acto proferido por las autoridades, será sometido a las disposiciones legales (...)

Y que, como elementos axiales, para efectos de su protección, el Juzgador Constitucional deberá ratificar que los actos de la autoridad que se acusa, hayan sido proferidos:

“(i) sin dilaciones injustificadas; (ii) bajo el procedimiento previamente definido en las normas; (iii) por la autoridad competente; (iv) de acuerdo a las formas propias de la actuación administrativa previstas en el ordenamiento jurídico y con total respeto de las disposiciones normativas sobre las que se basa; (v) en acatamiento del principio de presunción de inocencia; (vi) respetando el derecho de defensa y (vii) reconociendo el derecho a impugnar las decisiones que en contra se profieran, al igual que la oportunidad de presentar y a controvertir pruebas y a solicitar la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”(...)”

Entonces no queda duda del trámite administrativo que está pendiente por cuenta de la CNSC Y la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, además que esta entidad pública ya realizó dicho procedimiento con las personas que estaban en las posiciones 62 a 71, este último, señor CARLOS FERNEY JARAMILLO MARIN al parecer no acepto de lo que se concluye un trato discriminatorio, pues es claro que existen al menos seis (6) vacantes definitivas en **“los mismos empleos”**, de AUXILIAR ADMINISTRATIVA Código 407, Grado 10

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 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 posea 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 una legítima expectativa, no puede argüirse pugna entre nuestros derechos 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 debemos 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" ofertados.

SENTENCIAS QUE HAN DESARROLLADO EL FENÓMENO DE LA RETROSPECTIVIDAD:

Sentencia C-619 de 2001:

*TRANSITO DE LEGISLACIÓN- Efectos/LEY-Situación jurídica extinguida/LEY-Situación jurídica en curso. Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. **Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata.** La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir*

en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

Sentencia T-110-11:

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

Sentencia 56302 de 2014 Consejo de Estado:

"(...) Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles o incólumes frente a aquella, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes". **"Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales."**

(...)Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. **Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de esa protección, pues "la ley puede modificar**

discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho." Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones."

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". 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)

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.” (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 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 mío)

Señor Juez, por lo antes expuesto, se debe dar aplicación a la referida norma en efecto retrospectivo, pues esta garantizarán para guardar la Constitución y darle una interpretación sistemática y constitucional a la normatividad que regula la carrera administrativa, máxime cuando el presupuesto de la referida Norma es que se cuente con la lista de elegibles vigente, que no se tenga un derecho adquirido como es nuestra situación, pues ostentamos una expectativa a que se genere unas vacante en el mismo empleo convocado, tal como ha sucedido.

SE VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD

Como lo mencionamos, la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** sólo reporta la existencia de las vacantes, pero 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 al menos seis (6) vacantes definitivas en **“los mismos empleos”** en el empleo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10, siendo así que se vulneran nuestros Derechos fundamentales, es decir el concurso no tuvo ningún efecto, ni su vigencia. Mientras que esto sucede en la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** y en otras entidades del país, 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**(negrillas, 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), de la cual se transcribe 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.” (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 tutela.

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 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 las 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 trascurrido 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 CNCS 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 LEGÍTIMA-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 ACCIÓN 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 CNCS- 20202320056005 del 22/04/2020 cuya firmeza vence el 01 de octubre de 2022, es constitucionalmente procedente brindándonos protección.

La Sala, 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”*.

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

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS-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 tendríamos 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), debido proceso (artículo 29 constitucional) y confianza legítima, y por ello:

1. **ORDENAR**, al **GOBERNADOR DE SANTANDER** o a quien él delegue, que proceda de manera inmediata a realizar la solicitud de Autorización del Uso Indirecto (con cobro) de Listas de elegibles, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, con fundamento en 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 Circular 001 de 2020 y el Acuerdo 165 de 2020 (modificado por el Acuerdo 013 de 2021) todos expedidos por la CNSC para surtir TODAS las vacantes definitivas en los mismos empleos de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10**, del Sistema General de Carrera de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, que han surgido posterior al cierre de la OPEC con la lista de elegibles conformada en la Resolución CNSC- 20202320056005 del 04/04/2020, en la cual nos encontramos ocupando actualmente el 4º y 5º puesto respectivamente, dentro de la recompuesta Lista de Elegibles.
2. **ORDENAR** a la CNSC que realice, una vez reciba la solicitud de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, el estudio técnico de la Resolución CNSC-20202320055905 del 04/04/2020 para proveer al menos seis (6) vacantes definitivas en “*los mismos empleos*” de la OPEC 30424, y remita dentro del término de 48 horas, la autorización con los nombres para cubrir las vacantes definitivas del empleo de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10** de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

PRIMERO: Se le indique límites en tiempo a la **GOBERNACIÓN 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. Solicitamos se vincule o se informe 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**, y a los demás integrantes de la lista de elegibles.
2. De manera respetuosa nos permito solicitar a su Despacho, que se nos comunique al correo, [el link del expediente digital](#). La anterior solicitud se hace bajo los lineamientos indicados en el DECRETO 806 DE 2020
3. Que se haga seguimiento estricto a las órdenes impartidas por este despacho dispensador de Justicia.

PRUEBAS DOCUMENTALES

1. Acuerdo No. CNSC – – 20171000001166 del 22 de diciembre de 2017, “*Proceso de Selección de Santander No. 505 de 2017*”
2. Resolución Lista de elegibles CNSC- 20202320056005 del 04/04/2020

3. Pantallazo de la firmeza del 02 de octubre de 2020
4. OPEC 30424 para el empleo de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 10, OPEC**
5. Derecho de Petición radicado FOREST N° 2135866 del 14 de julio de 2022 a la Gobernación de Santander
6. Respuesta de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER** Referencia: Radicado Nro. 20220186640 del 07 de septiembre de 2022
7. DECRETO 334 de la **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**.
8. Criterio Unificado de Uso de listas de elegibles para “mismos empleos”
9. Circular 001 de 2020 de la CNSC
10. Acuerdo 165 de 2020 CNSC
11. Acuerdo 013 de 2021 CNSC
12. Circular 007 de 2021 CNSC
13. Fallo de primera instancia del JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE Bucaramanga, (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021). Acción de tutela **Radicación No. 2021-00332-00** contra de la Gobernación de Santander
14. Autorización DE USO DE LISTAS radicado de salida – 2022RS011009 CNSC del 25 de febrero de 2022

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

TUTELANTES: En virtud del artículo 16, numeral 2 y 56 de la Ley 1437 de 2011, autorizo expresamente para recibir NOTIFICACIONES, a los siguientes correos electrónicos:

- Elkin Fabián Rivero Pico - riveropico@hotmail.com - 3188486395
- Emilse Silva García - emilsesilva34@gmail.com - 3143461922

A LOS DEMANDADOS:

De conformidad con lo establecido por el artículo 197 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se informa que:

- La GOBERNACIÓN DE SANTANDER, recibirá las notificaciones judiciales al correo electrónico: notificaciones@santander.gov.co
- La CNSC recibirá las notificaciones judiciales al correo electrónico: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

LOS VINCULADOS:

- 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 **GOBERNACIÓN DE SANTANDER**, entidad donde laboran y a los demás elegibles a través de la CNSC

Respetuosamente;



ELKIN FABIAN RIVERO PICO,
cédula 13704198



EMILSE SILVA GARCIA
CC. 63477783