

**SEÑORES**

**JUZGADO CONSTITUCIONAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES (REPARTO)  
E.S.D.**

**REFERENCIA:** Acción constitucional de tutela.

**DERECHOS:** Al debido proceso, igualdad y al acceso al empleo público tras concurso de mérito.

**ACCIONANTE:** Carolina Gómez Núñez.

**ACCIONADO:** Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC.

**VINCULADOS:** Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, miembros de la Lista delegibles de la OPEC 33740 y personas que se encuentren nombradas en provisionalidad para el empleo Profesional Universitario, Area Salud, Código 237, Grado 2 de la DTSC.

**EDÉN FÉLIX NIETO**, abogado, mayor de edad, identificado con la cédula de extranjería número 391.421; y portador de la Tarjeta Profesional número 297.003 del C.S. de la J, actuando en nombre y representación, a través de poder que se adjunta, de la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.053.792.040, domiciliada en el municipio de Manizales, Caldas, me permito interponer **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA** en ejercicio de las facultades que otorgan tanto el mandato suscrito como el artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991<sup>1</sup>, 306 de 1992<sup>2</sup> y 1382 de 2000<sup>3</sup>, de la siguiente manera:

#### CONTENIDO

<b>1. ENTIDADES ACCIONADAS – ENUNCIACIÓN DE DERECHOS VULNERADOS – SOLICITUD DE VINCULACIÓN.</b>	2
<b>2. FUNDAMENTO FÁCTICO.</b>	3
<b>3. PRETENSIONES.</b>	9
<b>4. FUNDAMENTOS DE DERECHO</b>	10
<b>4.1. Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela.</b>	10
<b>4.1.1. Sobre la legitimación por activa.</b>	10
<b>4.1.2. Sobre la Legitimación por pasiva.</b>	11
<b>4.1.3. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela y la afectación a derechos fundamentales tras concurso de méritos.</b>	11

1 “...por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

2 “...por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991”.

3 “...por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.”

<b>4.2. Presentación y desarrollo de los argumentos que fundan la presente acción de tutela.....</b>	<b>16</b>
4.2.1. Aplicación inmediata de la Ley 1960 del 2019 por vigencia normativa.....	16
4.2.2. Aplicación retrospectiva y preferente de la Ley 1960 de 2019.....	19
4.2.3. Comentarios sobre el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" con fecha del dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020).....	21
4.2.4. Sobre el efecto de los Principios de la Función Pública en los concursos de mérito y en la Convocatoria 433 de 2016 de la CNSC, y un acercamiento al alcance de los nombramientos en provisionalidad. ....	22
4.2.5. Sobre la Obligatoriedad de utilización de listas de elegibles para la realización de nombramientos en carrera administrativa. Análisis de las Sentencias C-288 de 2014 y C-618 de 2015. ....	24
4.2.6. Sobre la colisión entre sujetos de especial protección constitucional en provisionalidad y personas en listas de elegibles.....	27
4.2.7. Sobre cómo se deben proveer los cargos en vacancia definitiva en el ICBF, y qué se debe hacer con los cargos en temporalidad y provisionalidad no ofertados en el concurso. ....	32
<b>5. EL CASO CONCRETO: CÓMO DAR CONTINUIDAD A LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS ELEGIBLES DE LA OPEP 33740. ....</b>	<b>37</b>
<b>6. PROCEDIMIENTO – COMPETENCIA - DECLARACIÓN JURADA.....</b>	<b>38</b>
<b>7. PRUEBAS Y ANEXOS. ....</b>	<b>38</b>
<b>8. NOTIFICACIONES .....</b>	<b>39</b>

**1. ENTIDADES ACCIONADAS – ENUNCIACIÓN DE DERECHOS VULNERADOS – SOLICITUD DE VINCULACIÓN.**

La actual acción de tutela la presento en contra de la entidad de derecho público Dirección Territorial de Salud de Caldas (**DTSC**), quien operará como **ENTIDAD ACCIONADA**, representada esta por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, a fin de que sean salvaguardados los **DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y AL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO TRAS CONCURSO DE MÉRITO** de la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ**.

De igual modo se pretende que sean **VINCULADA** en el presente proceso la entidad de derecho público Comisión Nacional del Servicio Civil (**CNSC**), representada por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, pues la misma ha participado en la organización, preparación, coordinación y adelantamiento del Concurso de Mérito a través de la Convocatoria 698 de 2018, ha emitido conceptos y criterios interpretativos al respecto del modo y mecanismos de utilización de las Listas de Elegibles emanantes de la citada convocatoria, y debe ser partícipe de los procesos

de nombramiento de los citados elegibles, ya que, en el caso concreto, la Dirección Territorial de Salud de Caldas, de cara a utilizar la Lista de Elegibles de la OPEC 33740 de la Convocatoria 698 de 2018 debe solicitar autorización a la CNSC y adaptarse a los procedimientos internos de esta última entidad.

Por otro lado, y al ser éste un proceso de su entero interés, a través del presente Proceso Constitucional de Tutela se considera oportuno y necesario que también sean **VINCULADOS** al mismo todos los ciudadanos incluidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 33740 de la Convocatoria 698 de 2018 y todos los trabajadores con nombramiento en provisionalidad que se desempeñen en el empleo Profesional Universitario, Área Salud, Código 237, Grado 2 en la DTSC. Todo ello ya no solo porque las personas mencionadas puedan tener interés legítimo en la resolución del problema ius constitucional que a través de la presente **acción de tutela** se está planteando, sino porque es posible que alguno de ellos pueda verse afectado por las decisiones que a través del presente proceso puedan tomarse.

## 2. FUNDAMENTO FÁCTICO.

**PRIMERO.** Mediante Acuerdo No. CNSC-20181000004636, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, a través de la Convocatoria 698 de 2018, a la cual se denominó Convocatoria Territorial Centro Oriente.

**SEGUNDO.** Tras publicitarse la convocatoria mencionada, la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ** se inscribió en la OPEC 33740 de la misma, la cual se correspondía con el empleo denominado Profesional Universitario, Área Salud, Código 237, Grado 2, para la entidad de derecho público Dirección Territorial de Salud de Caldas.

**TERCERO.** La accionante cumplió con todos los requisitos necesarios para formalizar su inscripción y realizó todas las pruebas de conocimiento y aptitudes que formaban parte del proceso, por lo que logró llegar al fin del proceso tras superar todas las pruebas realizadas.

**CUARTO.** Mediante Resolución No. CNSC – 20202230040275 del diecinueve (19) de febrero del dos mil veinte (2020), la Comisión Nacional del Servicio Civil conformó la Lista de Elegibles correspondiente a la **OPEC 33740**, la cual estaba destinada para proveer una (01) vacante del empleo público denominado Profesional Universitario, Área Salud, Código 237, Grado 2, del Sistema General de Carrera Administrativa de la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

**QUINTO.** Debido a la puntuación obtenida en las distintas etapas del concurso de mérito, 68,16 puntos, la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ** quedó en tercer lugar de dicha lista de elegibles.

**SEXTO.** En aplicación de lo dispuesto por la Lista de Elegibles de la OPEC 33740 de la Convocatoria 698 de 2018, la Dirección Territorial de Salud de Caldas procedió al nombramiento de la señora ÁNGELA CRISTINA GRAJALES YEPES, la cual ocupó el primer lugar.

**SÉPTIMO.** El día veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019), se expidió la Ley 1960 del 2019 “*Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*” en la cual, en su artículo 6 se consignó:

*“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 méritos 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 de concurso en la misma Entidad”. (negrillas propias)*

**OCTAVO.** El día uno (01) de agosto de dos mil diecinueve (2019) la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un “*Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019*”, a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto por la reforma de la Ley 909 de 2004 en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias definitivas en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.

**NOVENO.** El día dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) el Tribunal Superior del Valle del Cauca emitió fallo de segunda instancia en un proceso de tutela que puede entenderse paradigmático, ya que dispuso lo siguiente:

*“**TERCERO: INAPLÍQUESE** por inconstitucional, el “Criterio Unificado sobre listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019”, proferido por la CNSC el 1º de agosto de 2019, por lo expuesto en la parta motiva de este proveído.*

***CUARTO: ORDÉNASE** a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional universitario Código 2044, grado 8 creados mediante el Decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que quienes conforman las listas de elegible opten, proceso que no podrá exceder el término de un mes calendario contado a partir del cumplimiento de 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles.*

***QUINTO: ORDÉNASE** al ICBF, recibida la lista de elegibles por parte de la CNSC, en el término de ocho (8) días hábiles deberá nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito.*

***SEXTO:** La presente decisión tiene efectos inter comunis para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° cns-201822300040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso como accionantes.”*

**DÉCIMO.** Consecuencia de la anterior providencia fue la publicación, el día dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020), de un nuevo *CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1969 DE 27 DE JUNIO DE 2019”*, en el que se especificó lo siguiente:

*“... 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...”* (negrillas propias)

**UNDÉCIMO.** El día uno (01) de septiembre de dos mil veinte (2020), la señora FANNY ALEXANDRA RAMÍREZ IGLESIAS interpuso Derecho de Petición ante la Dirección Territorial de Salud de Caldas solicitando lo siguiente:

- a. *Información de otras vacantes que en la actualidad hagan parte de la Dirección Territorial de Salud de Caldas y cuyos cargos cumplan con el criterio de “mismo empleo o equivalencia” al empleo denominado Profesional Universitario Área de la Salud, Código 237, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 33740.*
- b. *Situación jurídica de los mismos.*
- c. *Vacantes y/o cargos que NO se encuentren provistos por funcionarios de carrera administrativa.*

**DUODÉCIMO.** En respuesta a la anterior solicitud, la Dirección Territorial de Salud de Caldas dispuso:

- a. *Como se dijo en la a respuesta registrada con el No GA-120 - CU-1035-2020; la Dirección Territorial de Salud de Caldas dará aplicación al criterio unificado, titulado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019”, por lo tanto no se considerará el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformado por la CNSC, en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, para cubrir vacantes en cargos de empleos equivalentes.*
- b. *El día 06 de agosto de 2020, el presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil suscribió el documento titulado “COMPLEMENTACIÓN AL CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” del 16 de enero de 2020”, del cual se lee: “La CNSC, en sesión de Sala Plena del 6 de agosto de 2020, aprobó complementar el concepto de “**mismo empleo**”, definido en el Criterio Unificado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019”; incluyendo “mismos requisitos de estudio y experiencia exigidos para el empleo ofertado”. Por tanto, el inciso primero de la página 3, del referido Criterio Unificado, quedará*

así:

*“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, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”*

*En este orden de ideas en la Dirección Territorial de Salud de Caldas no existe otro empleo perteneciente al sistema de carrera administrativa que regula la Ley 909 de 2004, que reúna los requisitos indicados por la CNSC y antes transcritos que aplique a su petición.*

- c. *En la actualidad la Dirección Territorial de Salud de Caldas, tiene las siguientes vacantes y/o cargos que NO se encuentran provistos por funcionarios de carrera administrativa, y que corresponden al Nivel Profesional; dado que los elegibles han pedido prórroga para la posesión en el cargo y/o que son cargos que no fueron ofertados en el Proceso de Selección No. 698 de 2018 – Convocatoria Territorial Centro Oriente:*

- *Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 3, Código OPEC No. 33737.*
- *Profesional Especializado Area Salud, Código 242, Grado 4, Código OPEC No. 33722.*
- *Profesional Especializado, Código 222, Grado 4, Código OPEC No. 33721*
- *Profesional Universitario, Código 219, Grado 2, Código OPEC No. 33749*
- *Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 3, Código OPEC No. 33738.*
- *Profesional Universitario, Código 219, Grado 2, Código OPEC No. 63907.*
- **Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2, sin ofertar.**
- **Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2, sin Ofertar.**

**DECIMOTERCERO.** De la respuesta ofrecida por la Dirección Territorial de Salud de Caldas a la señora FANNY ALEXANDRA RAMÍREZ IGLESIAS se puede extraer que:

- a) **La Dirección Territorial de Salud de Caldas pretende escoger qué disposiciones aplicar y cuáles no, desentendiendo que la Ley 1960 de 2019 y el Criterio Unificado de la CNSC de enero de 2020 son aplicables de forma retrospectiva e inseparable**, constituyendo el criterio unificado, además, la única interpretación constitucionalmente aceptable de la Ley 1960 de 2019, pues permite materializar la obligación de provisión de empleos con funcionarios de carrera que emana de sentencias de la Corte Constitucional como las **C-288 de 2014** y **C-618 de 2015** en aplicación de los Principios de la Función Pública. Estas sentencias serán analizadas en el acápite correspondiente.
- b) **La Dirección Territorial de Salud de Caldas pretende sustraerse de la obligación legal y constitucional que tiene de cubrir las vacantes existentes**, fueran o no ofertadas en la convocatoria 698 de 2018, en utilización de las Listas de Elegibles de la misma convocatoria,

- siempre y cuando la lista a utilizar haga referencia a la categoría “**mismos empleos**”, la cual se define en el criterio unificado de la CNSC que la DTSC pretende ignorar de forma ilícita.
- c) En cualquier caso, la Dirección Territorial de Salud de Caldas reconoce en la respuesta otorgada **la existencia de 2 vacantes para el empleo Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2**, los cuales no fueron ofertados en el concurso de mérito por motivos desconocidos y que, en cualquier caso, deben ser provisto en utilización de la lista de elegibles.

**DECIMOCUARTO.** La señora FANNY ALEXANDRA RAMÍREZ IGLESIAS interpuso acción de tutela en contra de la Dirección Territorial de Salud de Caldas entendiéndolo que, con la respuesta dada por la entidad, se reconocía la existencia de dos vacantes para el empleo que se corresponde con aquel en el que concursó, y que eran viables sus solicitudes.

**DECIMOQUINTO.** La tutela fue tramitada por el JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES a través de proceso con radicado 17001-31-04-004-2020-00090. Fue resuelta de la siguiente manera (sin constancia de que se haya impugnado el fallo):

*“**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos de la señora FANNY ALEXANDRA RAMÍREZ IGLESIAS vulnerados por la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, por las razones invocadas en el cuerpo de esta providencia.*

*“**SEGUNDO: ORDENAR** a la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS y a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, de manera coordinada y según sus competencias, realicen las gestiones necesarias para nombrar y posesionar en periodo de prueba a la señora FANNY ALEXANDRA RAMÍREZ IGLESIAS en el empleo identificado con el código OPEC No. 33740, denominado Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2, de conformidad con la lista de elegibles establecida en la Resolución CNSC No. 20202230040275 del 19-02-2020, sin que para la materialización de esta decisión se exceda un término de quince (15) días, teniendo en cuenta que dicho cargo deberá ser reportado y/o actualizado en el aplicativo SIMO...”*

**DECIMOSEXTO.** El día catorce (14) de octubre de dos mil veinte (2020), tras conocer la respuesta ofrecida por la Dirección Territorial de Salud de Caldas a la señora FANNY ALEXANDRA RAMÍREZ IGLESIAS, la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ** interpuso Derecho de Petición ante la misma entidad, solicitando lo siguiente:

*“1. Información de vacantes que en la actualidad hagan parte de la Dirección Territorial de Salud de Caldas y cuyos cargos cumplan con el criterio de “mismo empleo o equivalencia” al empleo denominado Profesional Universitario Área de la Salud, Código 237, Grado 2 identificado con el Código OPEC No. 33740.*

*2. Situación jurídica de los mismos.*

*3. Vacantes que NO se encuentren provistas por funcionarios de carrera administrativa. 4. Información detallada sobre el proceso que se debe realizar para que la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, para que me asigne un cargo que cumpla con el criterio de “mismo empleo o*

*equivalencia' al empleo denominado Profesional Universitario Área de la Salud, Código 237, Grado 2 identificado con el Código OPEC No. 33740..."*

**DECIMOSÉPTIMO.** El día veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020), la Dirección Territorial de Salud de Caldas dio respuesta al Derecho de Petición interpuesto por la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ**. En la citada respuesta dispuso prorrogar la resolución a su solicitud, toda vez que, en palabras de la entidad:

*"... se encuentra en un periodo de tiempo de alta carga laboral, ello por cuanto el Departamento de Caldas se encuentra en fase aceleración de contagios por Covid-19, lo que implica y requiere el direccionamiento y disposición de manera principal de sus actividades administrativas al apoyo, manejo y gestión de la pandemia. Por lo anterior se hace necesario disponer de una prórroga para dar respuesta completa y de fondo a su petición (...). Así entonces, y atendiendo lo manifestado en párrafo inicial, esta entidad considera insuficiente el termino señalado, por lo cual, en cumplimiento de la disposición jurídica (inciso final del artículo 6), procede a informar la prórroga para expedir respuesta a la petición radicada, la cual se emitirá lo más pronto posible sin superar la fecha limite determinada el 18 de diciembre de 2020..."*

**DECIMOCTAVO.** La prórroga a la respuesta al Derecho de Petición por parte de la Dirección Territorial de Salud de Caldas carece de justificación constitucionalmente aceptable por los siguientes motivos:

- a) El **Decreto 491 de 2020 ya amplía el término con el que cuenta la entidad para dar respuesta al derecho de petición**, y esa ampliación con reconocimiento por parte de la Presidencia de la República se basa, precisamente, en la comprensión de la dificultad que, en inicio, puede suponer para las entidades públicas el resolver solicitudes de cualquier naturaleza.
- b) **La Dirección Territorial de Salud de Caldas ya dio respuesta a una solicitud análoga a la presentada por la accionante sólo un mes antes**, sin que se haya podido producir variación sustancial en la materia objeto de la respuesta más allá del reconocimiento del derecho con que contaba la anterior peticionaria.
- c) Es obligación del personal administrativo de la entidad dar respuesta a este tipo de solicitudes, encargándose de tal función la oficina jurídica de la Dirección Territorial de Salud de Caldas. **La pandemia no constituye imposibilidad para la oficina jurídica de la entidad de dar respuesta a Derechos de Petición**, pues cuentan con medios técnicos para poder trabajar en casa y con acceso a la información necesaria para hacerlo.
- d) La facultad de prorrogar la respuesta a los derechos de petición reconocida por el parágrafo del artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo hace referencia a que sea imposible dar respuesta a lo solicitado dentro del término legalmente establecido por circunstancias totalmente ajenas a la entidad que debe dar respuesta, y debiéndose dar un plazo razonable para su resolución. **Fijar el día 18 de diciembre de 2020 para dar respuesta a una solicitud de esta naturaleza no es un plazo razonable**, tanto por el plazo establecido por la entidad como por la propia naturaleza de la solicitud. Además, debe tenerse en cuenta que, como se ha enunciado, ya se dio respuesta a una solicitud similar semanas antes sin que haya podido variar la materia objeto de la solicitud en términos sustanciales.

**DECIMONOVENO.** Por lo anterior, puede decirse que la actuación por parte de la Dirección Territorial de Salud de Caldas es evasiva a la hora de reconocer el derecho con que cuenta la accionante a ser nombrada en periodo de prueba en virtud de la utilización de la Lista de Elegibles de la OPEC 33740. La evasión se configura por el no nombramiento de la misma a pesar de la vigencia clara de la Ley 1960 de 2019 y el Criterio Unificado de la CNSC, y por la dilación a la hora de dar respuesta al Derecho de Petición presentado a pesar de lo argumentado anteriormente, lo cual debe entenderse como una actuación elusiva que desnaturaliza el ejercicio de un derecho fundamental, el cual se basa en obtener respuestas claras, completas, de fondo y, en este caso particular, PRONTAS.

**VIGÉSIMO.** Y es por todo lo anterior que se solicita la intervención del juez constitucional, ya que es claro que la Dirección Territorial de Salud de Caldas no va a proceder al nombramiento en periodo de prueba de la accionante de motu proprio, como puede verse en su pasividad de cara a hacerlo y en la obstaculización de los actos de la accionante encaminados a obtener el reconocimiento de sus derechos.

### 3. PRETENSIONES

Por lo expuesto, con base en los hechos, con fundamento en las pruebas que se aducen y conforme al derecho, debe entenderse que la Dirección Territorial de Salud de Caldas no ha dado el tratamiento que corresponde a las vacancias definitivas presentes en su entidad para el cargo de Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2, y que corresponden al mismo cargo, misma denominación, mismas funciones, mismo grado y mismo salario que el de los empleos contenidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 33740 de la Convocatoria 698 de 2018 de la CNSC, en la cual aparece la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ** en tercer lugar, sobre todo teniéndose en cuenta que, tal y como ha reconocido la entidad accionada, existe, a la fecha, al menos una vacancia definitiva para el mismo cargo, misma función, misma zona geográfica, mismas funciones y misma denominación que aquel para el que concursó la accionante, siendo ésta la próxima en deber ser nombrada según lo que dispone la Lista de Elegibles de la OPEC 33740.

Así, el hecho de que no se hayan cubierto las vacancias definitivas existentes se constituye en vulneración de los Derechos Fundamentales de la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ** invocados, ya que el la propia **DTSC** ha reconocido la existencia de las vacancias mencionadas vía acto administrativo y, hasta el momento, se ha negado a iniciar el trámite que legalmente y constitucionalmente corresponde para la cobertura de dichas plazas, afectando este hecho a la expectativa legítima de la accionante y la del resto de personas de la Lista de Elegibles de la OPEC 33740 a ser nombrados para dotar esos cargos con personas en carrera administrativa.

Por todo lo expuesto, comedidamente me permito **SOLICITARLE** a nombre de mi mandante, lo siguiente:

**PRIMERO:** Que sean tutelados los derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y AL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO TRAS CONCURSO DE MÉRITO** a la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ**,

Y que, en consecuencia, se ordene a la Dirección Territorial de Salud de Caldas:

**SEGUNDO:** Que proceda a dar el tratamiento que legamente corresponde al empleo Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2, dentro del área geográfica de la OPEC **33740** que se encuentran en vacancia definitiva y/u ocupados por funcionarios en provisionalidad, temporalidad o encargo y ordene la aplicación de la Lista de Elegibles en estricto orden de mérito.

**TERCERO:** Que solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil el permiso para el uso de la Lista de Elegibles correspondiente con la OPEC 33740 a fin de proceder al nombramiento de la accionante y que realice las gestiones presupuestarias necesarias para adelantar el trámite.

Y que, en consecuencia, se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil:

**CUARTO:** Que dé el trámite más expedito a la solicitud de utilización de la Lista de Elegibles de la OPEC 33740 que le realice la Dirección Territorial de Salud de Caldas, a fin de que el proceso de nombramiento de la accionante no cuente con más dilaciones injustificadas que desnaturalizan el proceso de concurso de mérito.

#### **4. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **4.1. Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela.**

Como aspectos preliminares sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela, me permito presentar lo siguiente:

##### **4.1.1. Sobre la legitimación por activa.**

Conforme con lo contemplado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la **acción de tutela** solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Ésta puede actuar (i) por sí misma (ii) a través de representante legal, (iii) **apoderado judicial** (iv) mediante la figura de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos no está en condiciones de promover la acción constitucional, o (y) a través del Defensor del Pueblo o personero municipal. Para el caso que nos ocupa, en este evento la accionante, la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ** está actuando por medio de **apoderado judicial** en contra de la entidad accionada, en pro de la defensa de sus derechos e intereses; en consecuencia, se encuentra legitimada para interponer la presente acción constitucional.

#### 4.1.2. Sobre la Legitimación por pasiva.

A este respecto, dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o **amenaza** del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra **cualquier autoridad pública** y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que la acción amparo es procedente contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre los cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros. En el asunto que se presenta, se dirige contra de la entidad de derecho público: **Dirección Territorial de Salud de Caldas – DTSC, por lo que contra ésta procede la tutela.**

#### 4.1.3. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela y la afectación a derechos fundamentales tras concurso de méritos.

Se acude a la **acción constitucional de tutela** directamente por ser el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales de la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ**, pero sobre todo porque es el único eficaz por la honerosidad de la nulidad con restablecimiento del derecho en términos económicos y en términos temporales, significando la obligatoriedad de pasar por los actos preprocesales y procesales de la nulidad una perpetuación de la situación de violación de derechos fundamentales que supone la interposición de la presente acción constitucional.

En cualquier caso, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional Colombiana ha señalado en repetidas ocasiones en su acervo jurisprudencial que la Acción de Tutela debe ser utilizada como un medio residual y subsidiario, al que recurrir en situaciones de vulneración o amenaza de Derechos Fundamentales que pueden derivar en un perjuicio irremediable. Además, ha insistido en que sólo se puede acudir a la Acción de Tutela cuando no existe otro medio idóneo para proteger los Derechos en situación de amenaza o vulneración mencionados.

A continuación se expone una **línea jurisprudencial**, ya realizada y analizada en otros procesos de raigambre constitucional, de lo expuesto por las salas de revisión de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado en lo que respecta a los concursos de mérito y la posible vulneración de derechos fundamentales que emana de las situaciones provocadas por los mismos. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha realizado múltiples pronunciamientos **defendiendo la pertinencia de la acción de tutela** pese a la existencia de la **acción de nulidad y restablecimiento del derecho**, y lo ha hecho argumentando que la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa, por su onerosidad en tiempo y recursos, **no ofrece herramientas eficaces y expeditas ni la solidez necesaria para proteger los derechos fundamentales de la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos tras concurso de mérito.**

Considera la Corte Constitucional que, cuando el inciso tercero del artículo 86 de la carta política se refiere a que **"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..."**, como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violentado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho.

Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa. En consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía<sup>4</sup>. Como se argumenta, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones en la anterior dirección. Un ejemplo de larga data es la Sentencia T-315 de 1998, en la que la Corte Constitucional refirió:

*"... la Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene 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. En segundo lugar, procede la tutela 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 iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional..."*. (negritas propias)

Con posterioridad, en el fallo con radicado SU-133 de 1998, la Corte Constitucional señaló que existen circunstancias en las que los medios ordinarios no son los idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en **concursos de mérito**, destacando que:

*"... así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata..."* (negritas propias)

---

4 Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo de mayo 11 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Y en la misma dirección se pronunció en las Sentencias T-425 de 2001 y SU-613 de 2002, en las que afirmó:

*“... en un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que **procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos.***

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

Posteriormente, en su Sentencia SU-913 de 2009, consideró:

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

Siguiendo nuestra línea temporal, encontramos la Sentencia T-606 de 2010 en la que se indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:

*“... en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es **la acción de nulidad y Restablecimiento del derecho dilatan la obtención de los fines que persiguen.***

*Así mismo, éstas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, **la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para la protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante...**” (negrillas propias)*

Como conclusión preliminar, la Corte Constitucional apostilló que, aunque puedan existir otros mecanismos judiciales, para que sea exigible acudir a ellos, estos **deben tener la entidad y capacidad de excluir a la acción de tutela como mecanismo idóneo** para la protección de **derechos fundamentales** en referencia a **concursos de mérito**. Y se refirió en tal sentido

argumentando que, en caso de no ser posible lo anterior, es evidente que **acudir a un proceso ordinario o contencioso-administrativo supondría una carga excesiva** que significaría, de por sí, una **vulneración a unos derechos fundamentales que, por su naturaleza, requieren siempre de una atención inmediata y eficaz.**

Veamos como la anterior tesis ha tenido impacto en las demás Altas Cortes. El Consejo de Estado a través del fallo de tutela número 25000-23-15-000-2010-00386-01 en segunda instancia afirmó que la acción de tutela puede desplazar las acciones ordinarias<sup>5</sup> cuando de concursos de mérito y posterior nombramiento se tratase, por constituir el único medio protector de derechos constitucionales. Se traslitera lo siguiente:

*"... 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, el Juez de Tutela ASUME competencia plena y directa,** aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, al considerar que el recurso de amparo 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.*

*Considera **la Sala, que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva y oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.***

*Por tal razón la jurisprudencia ha expresado que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que **no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previo en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.***

*Estima entonces la Sala, que la acción de tutela del medio judicial idóneo para dar solución al problema planteado por el autor ..."* (negritas propias)

En otro caso en particular, el Consejo de Estado en **reiteración de la jurisprudencia constitucional** expuso que:

*"... respecto a la procedencia de la acción constitucional frente a concurso de méritos, la Corte Constitucional ha explicado que el amparo por vía de tutela no es absoluto, sino que está restringido aquellos eventos relacionados con el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos, en detrimento de principios de objetividad y buen servicio que en muchas **ocasiones se refleja con el desconocimiento de las listas de elegibles para proveer vacantes en la administración pública. Ante la arbitrariedad, la tutela se constituye como el único medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de quién ha resultado lesionado con una conducta de tal entidad...**"* (negritas propias)

---

<sup>5</sup> Ver Consejo de Estado, sección segunda. Sentencia 15001-23- 33- 000-2013-00563-02 C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sostiene una firme tesis sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso de nombramiento de los que están en lista de elegibles. En concreto, en Sentencia STC 20877-2017 radicado 76001-22-03-000-2017-00521-02 del 12 de diciembre de 2017<sup>6</sup>, afirmó lo siguiente:

*“... aunque línea de principio, esta Sala ha sostenido insistentemente que los ataques contra las manifestaciones de voluntad de la administración debe dirigirse a través de los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sí que le esté permitido al Juez Constitucional inmiscuirse en tal vez fuera de competencia, la Corte Constitucional ha hecho excepciones a dicha regla, y ha manifestado que **“en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato judicial, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo, la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales”**”.* (negritas propias)

La anterior tesis fue también sostenida por la Corte Suprema de Justicia en las siguientes Sentencias de tutela: (i) STC 10355-2018 radicado 11001-22-03-000- 2018-01217-01 del 10 de agosto del 2018, y (ii) STC 2353-2018 radicado 52001-22-13-000-2017-00306-01 del 21 de febrero del 2018<sup>8</sup>. Las mismas son, como se viene diciendo, reiteración de jurisprudencia constitucional. En ellas se utiliza la misma argumentación ya realizada en tanto que se declaró que:

*“... tratándose de los procesos de selección de entidades públicas que se realizan mediante **concurso de méritos**, la jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en que de manera excepcional **procede la acción de Amparo si se constata la violación de derechos fundamentales**; sin embargo, en tal evento, **si los medios ordinarios de defensa previstos en la ley tienen la capacidad de ofrecer una solución integral al menoscabo, pero no con la prontitud que requiere el asunto, tela procederá como mecanismo transitorio hasta que sea resuelto el instrumento del derecho común; en cambio, si los mecanismos existentes en el ordenamiento positivo no están en posibilidad cierta de precluir de forma total la vulneración, la protección constitucional debe conseguirse de manera definitiva...**”* (negritas propias)

Como se muestra, es reiterado por parte de las Altas Cortes que las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos de los que integran la lista de elegibles que no son designados en el cargo pueden y deben ser solventadas vía acción de tutela

---

6 M.P. Margarita Cabello Blanco.

7 Ver también Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 16 de abril de 2015.

8 Ambas proferidas por el M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Y esta situación permite concluir que, según la jurisprudencia constitucional, la **acción de tutela** es un **instrumento judicial eficaz e idóneo al que puede acudir una persona que necesite controvertir asuntos relacionados con la provisión de cargos de carrera administrativa de conformidad con los resultados recogidos en las Listas de Elegibles** publicadas con razón de concursos de mérito, y lo es porque ésta acción de amparo constitucional no sólo tiene como objetivo la garantía de los derechos a la Igualdad, Mérito o Debido Proceso, **sino porque exige, en añadidura, la debida aplicación del artículo 1259 de la Constitución Política** y su desarrollo normativo.

Por lo tanto, **la vía para garantizar la defensa de los derechos fundamentales vulnerados a la igualdad, al mérito y al debido proceso**, así mismo, como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, y **evitar el perjuicio irremediable anotado y desarrollado con precedencia en el presente caso, es la acción de tutela** 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, eficacia y economía.

#### **4.2. Presentación y desarrollo de los argumentos que fundan la presente acción de tutela.**

Sentado entonces que la tutela es viable en el caso concreto, su Señoría, se desplegará la argumentación en que se fundamentan las pretensiones de la presente Acción Constitucional de la siguiente manera:

##### **4.2.1. Aplicación inmediata de la Ley 1960 del 2019 por vigencia normativa.**

A la hora de hablar del concepto de vigencia normativa es inevitable e ineludible acudir al análisis del de derogatoria normativa, proceso a través del cual las normas dejan de ser vigentes. Lógicamente, y antes de entrar en materia, es necesario aclarar que, tal y como expone el Código Civil en su artículo 71, una norma puede ser derogada de forma expresa o tácita.

De hecho, una derogación expresa tiene lugar cuando la nueva ley taxativamente lo establece, y es por eso que, por lo general, toda ley incluye al final un artículo que suele llamarse **derogatoria y vigencia**, en el cual expresamente se señala que artículos y que leyes se derogan con la

---

9 Constitución de 1991, Artículo 125: “... *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. PARÁGRAFO. Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del periodo para el cual este fue elegido...*”

promulgación de la nueva ley. En este supuesto no nos enfrentamos a ningún problema o margen interpretativo frente a la vigencia de las normas que han sido derogadas de esta manera. Es decir, no se requiere ninguna interpretación para determinar la vigencia o no de una ley anterior, sencillamente **se excluye de la legislación o de la normatividad las leyes y los artículos expresamente señalados en la nueva ley en el artículo correspondiente.**

Distinto es el caso que se presenta cuando **la nueva norma no manifiesta expresamente la derogación de una norma anterior**, lo cual hace necesario que acudamos a la comparación entre la nueva norma y la anterior a fin de evidenciar si resultan claramente opuestas y contradictorias y poder decretar la **derogatoria tácita** y determinar si es viable interpretar o no la vigencia de la norma anterior contradictoria con la nueva. Como hemos dicho, este es un caso claro de derogatoria tácita, la cual sucede cuando **la nueva norma contradice, pugna, o colisiona con la norma anterior. Cuando no es posible conciliar la norma nueva con la anterior.**

En ese sentido, se quiere aclarar que **la derogatoria tácita no necesariamente deroga toda la norma anterior, sino solo aquella parte que no sea posible conciliar, que sea claramente contradictoria.** Es más, la derogatoria tácita deja vigente en la norma anterior todo aquel aspecto que no riña directamente con la nueva norma. Es por esto que se da el caso e que una norma puede seguir parcialmente vigente, ya que mientras existan artículos que no sean contrarios al espíritu de la nueva norma, la anterior seguirá vigente en los aspectos conciliables con la nueva.

Siguiendo esto, y a fin de hacer aún más comprensible el planteamiento, existe un principio ya de vieja data (artículos 2 y 3 de la ley 153 de 1887), que establece el principio de la prevalencia de la ley posterior, y viene a ser el principio que da sustento a la derogatoria tácita, toda vez que cuando se expide una nueva norma, **esta derogará toda norma anterior que le sea contraria o se le oponga.**

En esa medida, ya acudiendo al caso concreto, como se anunció en los hechos, mediante Resolución 20182230156785 del 22 de noviembre del 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil, dispuso revocar el **artículo cuarto** de todas las listas de elegibles de la convocatoria, usando como fundamento para ello que tal disposición (**artículo 4**) no se encontraba en consonancia con el Decreto 1894 de 2012 y el marco regulatorio fijado en el Acuerdo 20161000001376 del cinco (05) de septiembre de 2016, de la Convocatoria 433 de 2016, en particular en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 ídem. Para situar el debate, el contenido del **artículo cuarto** revocado tenía el siguiente tenor:

*“... artículo cuarto: una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza y conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dicha lista serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados...” (negritas propias)*

El párrafo del artículo 62 del Acuerdo 20161000001376 del cinco (05) de septiembre de 2016, de la Convocatoria 433 de 2016 tenía el siguiente tenor literal:

*“ARTÍCULO 62. (...) PARÁGRADO. Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras éste se encuentre vigente.”* (negrillas propias)

Esta misma idea está contenida y emana del Decreto 1894 de 2012, en el párrafo primero del artículo 1 que modificó el artículo 7 del Decreto número 1227 de 2005, en el cual se dispuso:

*“... Parágrafo 1. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos...”* (negrillas propias)

En este sentido, debemos citar el texto original de la Ley 909 de 2004, del artículo 31 numeral 4, que tenía la misma disposición -solo que de rango legal-, de la cual proceden las anteriores concepciones:

*“4. Listas de elegibles. 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...”* (negrillas propias)

Estando esto así, posteriormente se expidió la **Ley 1960 del 2019**, que modifica la **Ley 909 de 2004** y el Decreto Ley 1567 de 1998, y trajo consigo un giro de tuerca importante a la hora de analizar este problema jurídico. En ese sentido, es clave para resolver el problema jurídico planteado prestar especial atención a los artículos 6 y 7 de la Ley:

*“ARTÍCULO 6. 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 méritos 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 de concurso en la misma Entidad.**”*

*ARTÍCULO 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y **deroga las demás disposiciones que le sean contrarias...**”* (negrillas propias)

Como podemos ver, la Ley 1960 de 2019 dispuso la derogación de todas las disposiciones que fueran contrarias a lo expuesto en la misma, y lo hizo porque las mismas son **opuestas, contradictorias y colisionan** directamente con los postulados del artículo 6 de Ley 1960 del 2019,

dado que regulan dos circunstancias de hecho idénticas atribuyéndoles efectos que contradictorios que suponen una pugna normativa sin que ésta pueda ser conciliada normativamente. Por otro lado, para reforzar esta tesis, el artículo 7 citado, nos presenta que la Ley 1960 del 2019 **derogará toda norma anterior que le sea contraria o se le oponga.**

En conclusión, en el caso concreto de la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ**, la norma aplicable será el artículo 6 de Ley 1960 del 2019, ya que el contenido normativo de: (i) parágrafo del artículo 62 del Acuerdo 20161000001376 del cinco (05) de septiembre de 2016, de la Convocatoria 433 de 2016; (ii) del Decreto 1894 de 2012 en el parágrafo primero del artículo 1 que modificó el artículo 7 del Decreto número 1227 de 2005 y (iii) específicamente el artículo 31 numeral 4 la Ley 909 de 2004; se encuentran **sin vigencia normativa, las dos primeras normas porque ha operado la derogatoria tácita por su alcance contrario a la norma con rango de Ley y la última por derogatoria expresa.**

#### **4.2.2. Aplicación retrospectiva y preferente de la Ley 1960 de 2019.**

La retrospectividad de la ley es un fenómeno que se presenta cuando la norma se aplica, desde que entra en vigor, a situaciones 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 normativa.** Este instrumento se concibe como un límite a la “*retroactividad de la ley*”, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas, y a la superación de situaciones abiertamente discriminatorias y lesivas del principio de justicia consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano que se fundamenta en los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en la sociedad. **Esta aplicación está permitida, salvo que la ley determine lo contrario de forma expresa e iníuvoca.**

Desde la Sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional asumió como propio el anterior concepto y, en forma consistente, concibió la distinción entre derechos adquiridos y otras categorías jurídicas que permiten que nuevas leyes tengan efecto general inmediato. Dentro de éstas se destaca el **concepto de expectativas legítimas.**

De hecho, en ese sentido y en concordancia con lo expuesto, jurisprudencialmente se ha establecido que quien se **encuentra en lista de elegibles** tiene una **expectativa legítima** de ser nombrado cuando se llegue a generar una vacante, ya que sólo tiene derecho adquirido quien tiene posesión meritoria respecto al número de vacantes ofertadas.

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2001 estableció lo siguiente:

*“... 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...***” (negrillas propias)

Lo anterior encuentra eco en la Sentencia T-110 del 2011, en la cual se reitera lo siguiente:

*“... 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.*

*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 aun 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...”* (negrillas propias)

En esa misma línea argumental, el Consejo de Estado, en sentencia 56302 de 2014 insistió en lo siguiente:

*“... 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, (...) 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...”**. (negrillas propias) (Como es el caso de la Ley 1960 del 2019)”.*

Si bien el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 expresa que la norma rige a partir de su publicación, es decir, hacia el futuro, lo concluido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado es que, para este tipo de casos, donde una lista de elegibles aún tiene vigencia, tales personas que no tienen posición meritatoria **tienen una mera expectativa** y, por ello, debe aplicárseles esta nueva norma de forma inmediata bajo el principio de retrospectividad.

En conclusión, la aplicación de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, en específico su artículo 6, en efecto retrospectivo, garantizará la salvaguarda de la Constitución Política, en especial su artículo 125, e imputará a una interpretación sistemática y constitucional a la normatividad que regula la carrera administrativa, máxime cuando el presupuesto de la referida norma es que: (i) se cuente con la lista de elegibles vigente, (ii) que no se tenga un derecho adquirido como es la situación de **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ**, pues ostenta una mera expectativa de ser nombrada para cubrir una vacancia definitiva que, según la documentación aportada como prueba en el presente proceso, existe.

#### **4.2.3. Comentarios sobre el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" con fecha del dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020).**

En este concepto -que se anexa- la Comisión Nacional del Servicio Civil propuso como marco normativo para el uso de Listas de Elegibles las siguientes disposiciones legales y reglamentarias: (i) Ley 909 de 2004, (ii) Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017, y (iii) Ley 1960 de 2019. En el concepto se proponen los siguientes problemas jurídicos:

- (i) **"... ¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?" y**
- (ii) **"¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?"**.

La CNSC al resolver el **primer problema jurídico** concluye que:

*"... las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNJSC 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" entendiéndose, 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..." (negritas propias)*

Para el **segundo problema jurídico**, la CNSC refirió lo siguiente:

*"El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de*

*elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección.*

*Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad 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 de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.*

*Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, "Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"; junto con su aclaración." (negrillas propias)*

#### **4.2.4. Sobre el efecto de los Principios de la Función Pública en los concursos de mérito y en la Convocatoria 433 de 2016 de la CNSC, y un acercamiento al alcance de los nombramientos en provisionalidad.**

En completo hilo con el anterior acápite, nuestro ordenamiento incluye un sinnúmero de normas que han de ser tenidas en cuenta dentro de la presente **acción constitucional de tutela**, habida cuenta que las mismas hacen mención clara y expresa a las garantías que constitucionalmente se especifican ya no sólo en lo que respecta a los derechos fundamentales de los trabajadores nacionales, sino también a la hora de confeccionar la normativa en la que debe enmarcarse las garantías que el Estado ofrece a los Servidores Públicos de cara a su desempeño y su posible acceso a los cargos a través de procesos de selección en forma de concursos de mérito. Además, en el desarrollo de estos procesos deben primar, ineludiblemente, los **principios de la función pública: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.**

Así, a fin de definir un marco interpretativo, en primer lugar, debemos acudir a lo que especifica el artículo 53 de la Constitución Política:

*"... el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.*

*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.*

*La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores..." (negrillas propias)*

El anterior precepto, aparte de especificar la necesidad de que el legislador dote al ordenamiento de un Estatuto de los Trabajadores, es claro al exigir que el mismo sea de corte garantista, permitiendo así que su regulación cristalice en la consideración del **derecho al trabajo como un derecho fundamental**, del cual pueden emanar garantías como la de “... *situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...*”, garantía que debe ser aplicable en todos los casos y, por supuesto, en aquellos en los que se hace referencia a los procesos de nombramientos de funcionarios en Listas de Elegibles tras un concurso de mérito.

En adición al anterior precepto cabe añadir lo especificado por la Constitución Política en su artículo 125, y al que se ha hecho mención en el acápite anterior, ya que el mismo, aparte de especificar la obligatoriedad de que todo el empleo público sea ocupado por funcionarios de carrera, también es firme a la hora de reconocer que el medio de acceso al empleo público en carrera administrativa es y debe ser siempre a través de previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijadas por la ley, es decir, **la superación de concursos de mérito**.

Llegados a este punto, es importante, aparte de hacer mención a lo especificado por la Corte Constitucional en su Sentencia C-288 de 2014, la cual se analizará más adelante, entender que el régimen de empleados de carrera administrativa, según el Departamento Administrativo de la Función Pública, impone una serie de requisitos que estos funcionarios deben cumplir y que están fuera del alcance de los servidores con nombramiento en provisionalidad.

Así, los trabajadores, para poder acceder a un empleo público en carrera administrativa, y así poder determinar que como aspirantes finalmente hagan parte de la Función Pública, han debido de dar cumplimiento a una serie de requisitos previamente establecidos de acuerdo al cargo al que aspiran y demostrar que cuentan con unas **específicas calidades y capacidades**. De hecho, estas personas **deben de haber culminado de forma satisfactoria un concurso de mérito**, y posteriormente deben haber sido nombrados en periodo de prueba y deben haberlo superado demostrando contar con las **actitudes, aptitudes y competencias necesarias para el ejercicio del cargo**. Y, además, para finalizar, se debe culminar su vinculación con la administración pública a través de su inscripción en carrera administrativa.

Evidentemente ésta es una serie de requisitos que los **funcionarios nombrados en provisionalidad no pueden cumplir**, por lo que **su nombramiento o permanencia** en un cargo en una situación de vacancia temporal o definitiva en la que una Lista de Elegibles está vigente **es totalmente improcedente**, generándose correlativamente una situación irregular y excepcional que debe ser solucionada a la mayor brevedad, pues de lo contrario se estarían contraviniendo los Principios de la Función Pública y el artículo 125 de la Constitución Política.

Además, debe entenderse que, partiendo de la premisa de que la provisionalidad o el encargo son una situación excepcional, el nombramiento de funcionarios a través de estas fórmulas para cubrir vacancias definitivas o temporales **deben ser siempre la última ratio**, ya que normativamente se

define que la fórmula a utilizar debe **ser la del encargo y nunca por un periodo superior a seis (06) meses** a menos que no sea posible convocar a concurso de mérito<sup>10</sup>.

Y todo lo anterior sirve, aparte de para contemplar cierta incongruencia en las actuaciones adelantadas por la DTSC y el destino de empleos creados con posterioridad a dicha convocatoria, o de los no convocados, para avizorar que el Legislador acabaría enmendando dicha incongruencia, disponiendo mediante mecanismos legales aquello que la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha especificado como alcance de la normativa en lo que respecta a Concursos de Mérito.

#### **4.2.5. Sobre la Obligatoriedad de utilización de listas de elegibles para la realización de nombramientos en carrera administrativa. Análisis de las Sentencias C-288 de 2014 y C-618 de 2015.**

Todo lo argumentado en el anterior acápite debe ser interpretado en relación con lo analizado por la Corte Constitucional en sentencia C-288 de 2014, la cual analizó la constitucionalidad de la Ley 909 de 2004 en relación con los concursos de mérito, la conformación de las Listas de Elegibles y la provisión de los cargos de carrera administrativa tras concursos de mérito insistiendo en que cualquier actuación a realizar o decisión a tomar debe ir en concordancia y respeto de los Principios de la Función Pública.

Así, en su mención a la utilización de la Listas de Elegibles en referencia a lo conceptualizado por la Ley, la citada sentencia afirma que “... *según lo dispuesto en el literal e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la entidad encargada de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles y de remitir a las entidades las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa es la Comisión Nacional del Servicio Civil. Si bien los empleos temporales no son de carrera administrativa, las listas que deben utilizarse para la provisión de estos empleos son las de la carrera administrativa, por lo cual las mismas deberán solicitarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil...*” lo cual insiste en la **obligatoriedad de la utilización de las Listas de Elegibles** para cubrir cargos de carrera que se encuentren en vacancia temporal o definitiva cuando haya listas vigentes para dicho empleo público, lógicamente dándole el tratamiento oportuno a cada tipo de vacancia.

Ya en su análisis jurídico de la constitucionalidad de la Ley 909 de 2004, la citada sentencia profundiza en la finalidad de la utilización del concurso público como herramienta de acceso al empleo dentro del organigrama del Estado, aclarando la Corte que en el caso de que no sea posible realizar concurso de mérito para ocupar vacantes de empleo público, o habiendo quedado vacantes tras la anterior realización de un concurso, **la única actuación constitucionalmente legítima sería la de utilizar las Listas de Elegibles**, ya que este acto permitiría al Estado no desconocer requisitos esenciales del empleo público como son **el mérito y los principios de la función pública**. Y lo anterior se haría a través de:

---

10 Ley 909 de 2004. Artículo 24: “... *El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses...*”

*“... la medida creada para garantizar el principio de eficiencia de la función pública en circunstancias excepcionales en las cuales no sea posible realizar un concurso público es la creación de un **procedimiento especial** compuesto de dos (2) fases que se consideran **idóneas** para garantizar la finalidad pretendida...”* (negrillas propias)

El procedimiento mencionado, lógicamente, sería el de acudir a la utilización de Listas de Elegibles para la provisión de los cargos vacantes o no ocupados definitivamente, ya que a través del mismo se cumpliría con el: “... principio de **necesidad**, en el sentido de que no existen medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados. **En este sentido, la alternativa a la realización del concurso es la utilización de la lista de elegibles, la cual se contempla en la propia norma y solamente de manera subsidiaria se podrá realizar el proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos contemplado en la norma...**”

Y de igual modo, al acudir a la utilización de las Listas de Elegibles para la provisión de cargos vacantes se estaría dando cumplimiento a la **obligatoriedad de aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto**, el cual cristaliza, según la Corte Constitucional, en lo siguiente:

*“... la interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es **constitucional**, pues **permite delimitar la actuación de la administración pública**. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros:*

- (i) Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004.*
- (ii) En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad...”* (negrillas propias)

Sin embargo, este análisis de constitucionalidad es incompleto si no lo realizamos observando el respeto de Derechos Fundamentales con efecto en el Trabajo como son el, evidente, **mérito y la igualdad** (en sus múltiples vertientes). Así es como la Corte Constitucional profundizó en la necesidad de respetar los **principios de la función pública** en lo que respecta al acceso a los cargos públicos en su Sentencia C-618 de 2015, en la cual se define el alcance y repercusión de la temporalidad o libre nombramiento y remoción como formas de contratación en el Sector Público.

De hecho, la Corte Constitucional considera en su análisis del año 2015 que la inobservancia del mérito como requisito para la contratación de servidores públicos o su vinculación a la Carrera Administrativa “... **compromete el respeto debido a los derechos de los trabajadores previstos en**

*el artículo 53 (de la Constitución)<sup>11</sup>, predicables de los servidores públicos aún sometidos a la temporalidad, y también del derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, establecido en el artículo 40.7<sup>12</sup> de la Constitución...*”, y lo hace en contravía de lo que dispone la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>13</sup>, la cual contempla que las personas deben acceder en igualdad a “... *todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción de aquella de sus virtudes o talentos...*”.

Profundizando en su análisis del alcance del **derecho fundamental a la igualdad**, la Corte Constitucional en la precitada providencia expuso que la especificación de la calidad y mérito que deben cumplir los candidatos a desempeñar empleo público no es más que una materialización del mismo, ejemplificada a través de su vertiente de la igualdad de trato en forma de que “... *el ingreso a los empleos se debe ofrecer sin discriminación alguna de ninguna índole...*” y permitiéndose por imperativo legal que todos los aspirantes participen de los procesos de selección en igualdad de condiciones, realizándose la selección y clasificación de los mismos por motivos justos y justificados que sirvan como baremo de acreditación de mayores actitudes y aptitudes.

En adición a lo anterior, la Corte Constitucional considera que la igualdad de oportunidades también debe solidificarse a través de la consolidación de un mismo punto de partida para todos los candidatos a desempeñar un empleo público, confirmándose de este modo que “... *las autoridades no pueden otorgar tratos preferentes o privados de justificación objetiva...*” **pues estos operarían en contravención ya no sólo de los principios de la función pública, sino de los principios constitucionales que se articulan a través de los artículos 40, 53 y 125 de la Constitución Política.** Además, aparte de que todos los candidatos puedan participar de un concurso de mérito desde un mismo punto de partida, también se garantiza que los requisitos exigidos sean los mismos para todos sin que sea posible “... *incluir ítems de evaluación para algunos aspirantes y no para todos...*” o permitir mecanismos de evaluación o calificación para alguno de los candidatos en detrimento de los utilizados para el resto.

---

11 Constitución Política. Artículo 53: “... *el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: **Igualdad de oportunidades para los trabajadores**; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo**; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad...*”

12 Constitución Política. Artículo 40-7: “... *acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse...*”

13 Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano (1789). Artículo 6: “... *la Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes...*”

De hecho, sostiene la Corte en su providencia que el desconocimiento del mérito significa la desatención “... *de otros contenidos constitucionales, entre los que se encuentran concernientes a los **finés del Estado***<sup>14</sup>...”, entendiendo que cualquier actuación que implique falta de imparcialidad en un proceso de selección vía concurso de mérito, o la inaplicación del mismo en casos de vacancias definitivas, **implicará que la función pública no podrá estar al servicio del interés general**. Además, apostilla la providencia que esta contravención pone en cuestión la eficiencia y eficacia del Servicio Público, lo cual entra en sonora colisión con el artículo 209<sup>15</sup> de la Constitución Política en el que se solidifican los Principios de la Función Pública.

Para finalizar su análisis con respecto de la importancia del mérito en la selección de los servidores públicos, la Corte Constitucional expone en su fallo que todo proceso de mérito debe desarrollarse en respeto de los principios constitucionales y derechos fundamentales, y que toda regulación legal, que venga a desarrollar los citados principios y derechos en respecto de los procesos de selección vía concurso de mérito, debe ser de obligada observancia en concordancia con las normas citadas y **sin que sea admisible una aplicación parcial pues podría significar el beneficio de un individuo en perjuicio del resto de ciudadanos**, lo cual es inadmisibles en nuestro Estado y un ataque frontal a nuestro ordenamiento.

#### **4.2.6. Sobre la colisión entre sujetos de especial protección constitucional en provisionalidad y personas en listas de elegibles.**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha sido clara al recordar que los funcionarios nombrados en **provisionalidad** no son beneficiarios de una Estabilidad Laboral Reforzada *stricto sensu* sino que **debe reconocérseles una Estabilidad Laboral Relativa**, y siempre a través del cumplimiento de los requisitos especificados legalmente.

Ahora bien, en el caso de que tras concurso de méritos pueda existir vulneración de Derechos Fundamentales de los empleados nombrados en provisionalidad, y con el objetivo de dar protección a derechos que de ser desconocidos puedan provocar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional y administrativa **debe contemplar y contempla mecanismos basados en la ponderación** encaminados a que el reconocimiento del derecho a ocupar la plaza de carrera obtenida por concurso de méritos no signifique el menoscabo de un Derecho

---

14 Constitución Política. Artículo 2: “... *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*”

15 Constitución Política. Artículo 209: “... *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los **principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad**, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley...*”

Fundamental que no se basa en una simple expectativa sino que cuenta con una protección con base legal por su trascendencia.

Así es como, por ejemplo, el Consejo de Estado en su Sentencia 2016-00877-01 aclara que en un concurso de méritos en el que se desconoce la Estabilidad Laboral de empleados nombrados en provisionalidad puede provocar el menoscabo de derechos como la Vida Digna, al Debido Proceso, la Seguridad Social y la Salud.

Además, el Consejo de Estado, en el fallo anteriormente citado, nos remite a la Sentencia de SU-446 de 2011, donde la Corte Constitucional, aparte de definir el concepto de Estabilidad Laboral Relativa, aclara que la Estabilidad Laboral, por su raigambre constitucional, ofrece mayor protección a Derechos Fundamentales:

*“... los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que **sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera**, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, **no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios**, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos...”* (negritas propias)

En adición a lo anterior es importante contemplar lo que la Corte Constitucional reza en su sentencia T-186 de 2013 con respecto de la Estabilidad Laboral Relativa que corresponde a los sujetos de especial protección constitucional, entre los que se encuentran los servidores públicos próximos a pensionarse. Así refiere con respecto de la ponderación a realizar en caso de colisión entre Derechos Fundamentales:

*“... se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados. El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una **relación de dependencia intrínseca** entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el **mínimo vital y la igualdad de oportunidades**. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que **la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa...**”*

*“... la problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario **entran en tensión dos derechos de***

*raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto **no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto**. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, **el cual no afecte el núcleo esencial** de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante...” (negritas propias)*

De hecho, para definir cómo actuar en caso de colisión de Derechos Fundamentales entre trabajador en provisionalidad y personal nombrado a través de concurso de méritos, y explicando los parámetros de ponderación a los que se ha hecho mención con anterioridad, la misma sentencia aclara:

*“... la jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que **las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales** de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual **se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante...**” (negritas propias)*

De los anteriores extractos se desprende la insistencia en que la Estabilidad Laboral Relativa de sujetos de especial protección cuenta con fuerza y amparo constitucional y en la necesidad de realizar ponderación en caso de colisión de sus Derechos Fundamentales con los que puedan pertenecer a los sujetos incluidos en Lista de Elegibles, siempre con vistas a que la entidad pública logre mantener en el empleo o en uno de similares características al sujeto de especial protección constitucional hasta que alcance o cumpla los requisitos exigibles para acceder a su pensión por jubilación pero garantizando, evidentemente, **el derecho que tiene la persona en Lista de Elegibles a acceder al empleo objeto del concurso de mérito**.

Con respecto del derecho que poseen los sujetos de especial protección constitucional para poder seguir trabajando hasta que puedan acceder a su pensión por jubilación, la Corte Constitucional afirma lo siguiente en su sentencia T-326 de 2014:

*“... si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2° y 3° del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)...”* (negrillas propias)

Y nos vuelve a remitir a la SU-446 de 2011 cuando refiere lo siguiente con respecto de un concurso de mérito adelantado en la Fiscalía General de la Nación:

*“... sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.*

*“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando...”* (negrillas propias)

Y en el acápite resolutorio recoge **una fórmula ponderada a aplicar en caso de colisión de los Derechos Fundamentales** del Elegible que ha superado el concurso de mérito (el cual debe acceder al cargo en todo caso y sin excepción) y un sujeto de especial protección constitucional que ocupa una plaza en provisionalidad:

*“... Segundo. - DEJAR SIN EFECTOS parcialmente la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) emanada de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Facatativá, en lo relativo a la declaratoria de insubsistencia de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013) y, en consecuencia, ORDENAR al Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, designar en provisionalidad a la señora Ana Isabel Velásquez Arias en un empleo vacante igual o similar al que venía desempeñando, hasta que sea incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones...”* (negrillas propias)

Para finalizar, con respecto de cómo deben actuar las entidades públicas en caso de que nombramientos tras concurso de méritos puedan menoscabar Derechos Fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso concreto de las madres cabeza de familia, que ocupen cargos en provisionalidad, la Corte Constitucional afirma lo siguiente en su sentencia SU-691 de 2017:

*“... cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación: 1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia. 2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera...”* (negritas propias)

A modo de síntesis de los anteriores extractos jurisprudenciales, en el caso de que un sujeto beneficiario de Estabilidad Laboral Relativa ocupe un cargo público en situación de provisionalidad que ha sido ofertado en un concurso de mérito, o que se encuentre en situación de vacancia definitiva, **la entidad pública en cuestión debe garantizar el acceso al puesto ofertado al Elegible que ha superado el concurso y también la permanencia en el empleo al sujeto de especial protección constitucional** hasta que adquiera el derecho a pensionarse, si se trata de un prepensionado, o hasta que se hayan posesionado todos los elegibles en el resto de plazas ofertadas, situación que implica que el **provisional con Estabilidad Laboral Relativa sea el último en ser desvinculado**.

Evidentemente el ideal, y la situación que proponen los máximos órganos jurisdiccionales del Estado y el Departamento Administrativo de la Función Pública, es que la entidad pública realice un estudio de las personas que ocupan las vacancias definitivas o temporales antes de formalizar la convocatoria del concurso de mérito, intentando que las plazas ocupadas por los sujetos de especial protección constitucional no sean ofertadas en el concurso hasta que se hayan materializado los mecanismos que permitan garantizar los Derechos Fundamentales de éstos.

Sin embargo, puede que esto no sea lo que ha ocurrido con la DTSC y la Convocatoria 698 de 2018, siendo el motivo de la resistencia a realizar los nombramientos de los elegibles, por lo que en el siguiente acápite se analizará cómo deben proveerse los cargos en vacancia definitiva tras la citada convocatoria y cómo debe procederse con los trabajadores que se encuentran en provisionalidad o con vinculación temporal en cargos ofertados, ya sean de especial protección constitucional o no.

#### 4.2.7. Sobre cómo se deben proveer los cargos en vacancia definitiva en el ICBF, y qué se debe hacer con los cargos en temporalidad y provisionalidad no ofertados en el concurso.

Como se ha enunciado con anterioridad, ante situación de vacancia definitiva la legislación y la jurisprudencia constitucional definen con claridad cuál debe ser el proceder de cara no sólo a cubrir dicha vacancia, sino también frente al trato que se debe dar al funcionario que se encuentra en dicha plaza a través de la fórmula del encargo o bien a través de la vinculación a la carrera administrativa a través de la provisionalidad.

Ante cualquiera de las dos situaciones planteadas, que constituyen las fórmulas de cobertura de las vacancias en caso de imposibilidad de realizar concurso de mérito, es importante señalar que ambas constituyen facultades que pertenecen a la administración y que materializan el margen discrecional y de autogestión de la misma, pero operan como **posibilidad con carácter excepcional y siempre desde una perspectiva temporal que no puede tener vocación de continuidad**.

Así lo define el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004<sup>16</sup>, en el que, entre otras cosas, el legislador aclara que el **encargo es la figura a utilizar para cubrir las vacancias definitivas** en el momento en el que no se pueda llevar a cabo un concurso de mérito, **y que la provisionalidad es la fórmula subsidiaria que opera como *ultima ratio***, debiendo atenerse a los mismos mecanismos de funcionamiento del encargo, para el cual define que **no puede alargarse por más de seis (06) meses**, tiempo en el que la entidad debe definir el mecanismo de selección a fin de dotar de forma definitiva, y con un funcionario de carrera, la plaza que quedó vacante.

Esta norma, la cual puede parecer que cuenta con unos mecanismos interpretativos sencillos, ha sido materia de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y de desarrollo por parte del Legislador, pues el nombramiento en provisionalidad para cubrir vacancias definitivas se ha convertido en una fórmula muy usada por la administración del Estado a pesar de constituirse, teóricamente, como la última herramienta a utilizar. Así, un gran número de servidores públicos se encuentran vinculados a través de esta herramienta, lo cual, obviamente, ha

---

16 Ley 909 de 2004. Artículo 24: “... *Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.*

*El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.*

*Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva...”*

generado situaciones de posible vulneración de Derechos Fundamentales y de colisión entre sujetos en provisionalidad con consideración de Especial Protección Constitucional y personas en Listas de Elegibles emanantes de concursos de mérito convocados para cubrir las vacancias en cuestión.

En cuanto al desarrollo legislativo, es muy importante tener en cuenta lo recogido por el Decreto 1083 de 2015, el cual fue adicionado por el Decreto 648 de 2017, ya que el mismo no solamente aclara cómo deben proveerse las vacancias definitivas, sino que también define el orden en el que se debe acudir a cada uno de los funcionarios con derechos de carrera para ocupar las plazas en vacancia definitiva antes de acudir a la provisionalidad, y define, de forma somera, el alcance de las Listas de Elegibles en estos supuestos. Lo hace así:

*“... **ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas.** Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

*Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.*

*Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.*

*Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.*

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

- 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
- 2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente Decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.*

*Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo **deberá adelantarse proceso de selección específico** para la respectiva entidad.*  
**PARÁGRAFO 1º.** Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo **podrán ser utilizadas para proveer de manera**

*especifica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004... ” (negrillas propias)*

Como se ha podido ver, el Decreto 1083 de 2015 es claro y tajante a la hora de especificar que **las vacancias definitivas deberán ser cubiertas con personas seleccionadas a través de concursos de mérito**, y solamente en caso de que no se haya podido llevar a cabo uno, o de que no haya una Lista de Elegibles vigente, es que será aceptable el nombramiento, o la permanencia, mediante encargo o provisionalidad, aclarando siempre que estas fórmulas serán transitorias y excepcionales, de lo cual emana que **no es aceptable la continuidad de estos nombramientos si ya se ha celebrado concursos de mérito y hay Listas de Elegibles vigentes**. Más adelante, el Decreto aclara en qué momento se podrá acudir al encargo o a la provisionalidad, y define que durante su vigencia las Listas de Elegibles podrán ser utilizadas para cubrir las vacancias definitivas que se generen para los cargos para los cuales haya sido convocado el concurso de mérito, lo cual, en concordancia con todo lo que se ha expuesto hasta el momento, respeta de forma escrupulosa los Principios de la Función Pública.

Profundizando un poco más en el desarrollo legislativo, y al respeto de las competencias para con los procesos de concurso de mérito que pertenecen a la CNSC, el legislador en el Decreto 4968 de 2007<sup>17</sup>, aparte de definir las facultades que pertenecen a la Comisión en lo que respecta a convocatoria y veeduría de procesos de selección, ajustó aún más el alcance del nombramiento a través de encargo o provisionalidad, **insistiendo en la excepcionalidad y transitoriedad de las figuras** y en la necesidad de convocar concurso a fin de ocupar las vacancias definitivas a la mayor brevedad, **ya que estos nombramientos no se pueden alargar por un tiempo mayor a seis (06) meses**. Evidentemente el legislador faculta a la entidad para prorrogar dichos nombramientos si no ha sido posible celebrar el concurso de mérito, **pero dicha prórroga debe estar justificada y no puede permanecer si hay Listas de Elegibles vigentes**.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aclarado múltiples puntos controversiales en lo que respecta a la vocación de continuidad de los encargos o nombramientos en provisionalidad, de cuándo son aceptables estos y de cómo se debe proceder en casos de colisión de Derechos entre Elegibles y provisionales en situación de especial protección constitucional. El pronunciamiento paradigmático se realizó a través de la Sentencia C-288 de 2014, a la cual ya aludimos en un anterior acápite, pero también es importante analizar otros posicionamientos pues van a ayudar a

---

17 Decreto 4968 de 2007. Artículo 1º: “... *Modifícase el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1º de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así: (...)*

***En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.***

*(...) El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado... ”*

entender la vulneración para con el Derecho al Mérito que se está ocasionando a mi poderdante tras la Convocatoria 698 de 2018, en el entendido de que **persisten vacancias definitivas para el empleo Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2 que aún no han sido cubiertas desatendiendo la legislación vigente, es decir, utilizando las Listas de Elegibles de la Convocatoria 698 de 2018.**

Recientemente, en su Sentencia T-096 de 2018, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de aclarar la procedencia de los nombramientos en provisionalidad (“... cuando se presenten **vacancias definitivas o temporales** y, por razones del servicio, se requiera de personal suficiente para atender las necesidades de la administración...” ) añadiendo que “... si bien es cierto que el servidor no podrá permanecer indefinidamente en el cargo, tampoco se crea una equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción, de ahí que no proceda su desvinculación por la simple voluntad discrecional del nominador...”, lo cual conmina a las entidades del Estado a ocupar las vacancias existentes con funcionarios de carrera que hayan accedido al derecho a través de concurso de mérito y a **fundamentar sus decisiones en respeto de la Ley.**

Más adelante, en la misma Sentencia la Corte Constitucional aclara, en concordancia con la línea marcada por las Sentencias C-288 de 2014, SU-447 de 2011 y SU-691 de 2017, a las cuales ya se ha hecho mención con anterioridad, que **cabe la desvinculación de los funcionarios con nombramiento provisional tras concurso de mérito** (“... sólo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la Ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de mérito...” ) y que la única carga para el responsable de la Entidad Pública **debe ser exponer las razones existentes en el acto de desvinculación, siempre con respeto a la ley**, “... como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública...”.

Por otro lado, en su Sentencia SU-054 de 2015 la Corte Constitucional establece pautas de interpretación normativa que son de notable interés, ya que insiste, entre otras cosas, en que la vinculación provisional **no puede ser nunca superior a seis (06) meses** cuando refiere que “... sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (06) meses, que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad...”.

Además establece una posición fundamental y favorable a las personas en la Lista de Elegibles de la Convocatoria 698 de 2018 cuando define que “... un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad **por más tiempo del autorizado legalmente debe ser desvinculado como lo ordena la norma**, siempre que la administración cumpla con la obligación de iniciar el concurso de mérito para proveer la plaza definitivamente, ya que de no ser así los cargos estarían destinados a quedarse disponibles...”. Y es fundamental para el caso que nos ocupa pues define, en otras palabras y en concordancia con todo lo que se ha expuesto, que es inaceptable que permanezcan funcionarios con nombramiento en provisionalidad ocupando vacancias definitivas si hay una Lista de Elegibles vigente y aplicable al cargo en cuestión tras la convocatoria de un concurso de mérito.

De hecho, la Corte se permite valorar en su providencia que la predilección del Estado por la provisionalidad como forma de vinculación supone una situación a “... *remediar...*”, ya que los empleados provisionales “... *solo pueden ocupar cargos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que implican una separación temporal de los mismos y cuando no sea posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera...*”, lo cual convierte en irregular la permanencia de cualquier funcionario nombrado en provisionalidad que se mantenga en su cargo ocupando una vacancia definitiva si hay Lista de Elegibles con personas disponibles para su designación, como sucede en el caso concreto.

Y finaliza su posicionamiento la Corte de forma clara y tajante, afirmando que:

*“... aunque en la práctica se dé para los casos en los que medie la separación definitiva (tales como la renuncia, jubilación, y retiro); y se insiste, **no sea posible proveerlo mediante la figura del encargo, mientras se surte el concurso de méritos.** Esto con el ánimo de no generar traumatismos en la administración (...) **No siendo aceptable que se desvincule al servidor público provisional por motivos diferentes a los anteriores para que el cargo sea ocupado por otro provisional...**”* (negrillas propias)

Cambiando de tercio, el Departamento Administrativo de la Función Pública también se ha pronunciado al respecto de asuntos en relación con la provisionalidad y los concursos de mérito, y lo ha hecho en concordancia con lo extraído en relación de las posiciones de la Corte Constitucional. Así, en el Concepto 102441 de 2015, la entidad afirmó que es admisible retirar a funcionarios en provisionalidad para asignar sus puestos a personas de las Listas de Elegibles y lo argumentó de la siguiente manera:

*“... de acuerdo con lo señalado y en atención a su inquietud, se considera que el retiro de los **empleados con nombramiento provisional deberá hacerse mediante acto administrativo debidamente motivado, teniéndose como motivación constitucionalmente aceptable argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto...**”* (negrillas propias)

De la anterior afirmación extraemos que es aceptable la desvinculación de funcionarios en provisionalidad si tal desvinculación está fundamentada y soportada por el nombramiento en carrera de personas en Listas de Elegibles, y que lo es, además, porque a través del nombramiento del elegible se estaría **proveyendo el cargo de forma definitiva**, el cual debe ser el objetivo de la administración siempre que sobrevengan vacancias definitivas.

Por otro lado, y con ocasión de nombramientos para vacancias temporales, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en su Concepto 94751 de 2016, insistió en el alcance de la figura del encargo y cómo **la provisionalidad sólo es aceptable como figura subsidiaria, supletoria y excepcional**. Concretamente, lo hizo mencionando el Decreto 1083 de 2015 y su Artículo 2.2.5.3.3, aludiendo a que “... *en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por*

*medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones que las originaron...”.*

Además, el precitado concepto tiene un importante impacto en el caso que nos ocupa ya que definió lo siguiente:

*“... advirtió además que, si bien las entidades tienen la facultad legal para proveer transitoriamente sus empleos de carrera que se encuentran en vacancia definitiva o temporal, a través del encargo y excepcionalmente a través del nombramiento en provisionalidad, **deben en todo caso salvaguardar el derecho preferencial que otorga la carrera a sus titulares**, al tenor de lo señalado en los artículo 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 o en las reglas especiales de cada régimen específico, con el fin de proveer esas vacantes.*

*En este orden de ideas, los empleados públicos que fueron nombrados en cargos de carrera administrativa sin que hubiera mediado un concurso de mérito, se encuentran en condición de provisionalidad, **situación que deberá mantenerse hasta que se efectuó el nombramiento en periodo de prueba**, en los términos del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, es decir, **hasta cuando los cargos hayan sido convocados a concurso, en el caso de vacancia definitiva, y en caso de vacancia temporal hasta cuando se finalice la situación administrativa que le dio origen...**” (negrillas propias)*

## **5. EL CASO CONCRETO: CÓMO DAR CONTINUIDAD A LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS ELEGIBLES DE LA OPEP 33740.**

Con el objetivo de finalizar la presente Acción Constitucional se va a proceder a analizar la situación específica de las vacancias definitivas existentes en la Dirección Territorial de Salud de Caldas, para el empleo Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2 ocupado por un empleado con nombramiento en provisionalidad.

- **Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2, sin ofertar.**
- **Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 2, sin ofertar.**

Como se ha tratado de aclarar en la presente Acción Constitucional de Tutela, el procedimiento para cubrir dichas vacancias definitivas es el especificado por los artículos 24 y 31 de la Ley 909 de 2004, lógicamente contemplándose lo dispuesto por su reforma a través de la Ley 1960 de 2019 y por los mandatos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los Decretos Reglamentarios de la Ley 909 de 2004 y los conceptos de la CNSC y del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Se desconoce la fecha de generación de las vacancias mencionadas, pero como se ha analizado en el acápite de fundamentación jurídica de la presente Acción Constitucional este hecho es irrelevante, ya que si las vacancias existían con anterioridad a la convocatoria del concurso de mérito las mismas debían haber sido ofertadas, y en el caso de que surgieran con posterioridad, en aplicación de la normativa vigente y la jurisprudencia aplicable, las mismas deben ser provistas

mediante el uso de la Lista de Elegibles de la OPEC 33740, y nombrándose a través de la misma a la señora **CAROLINA GÓMEZ NÚÑEZ** pues se encuentra en plaza meritatoria en la Lista mencionada, la cual se realizó con estricta revisión de cumplimiento de requisitos de mérito e idoneidad.

Lógicamente, la entidad se enfrentará al problema de que la plaza vacante se encuentra ocupada por un servidor público con nombramiento en provisionalidad y que pueda tener un estatus de prepensionado, pero el problema jurídico planteado debe ser solucionado desde la aplicación de lo dispuesto por la Corte Constitucional en su Fallo SU-446 de 2011 y concordantes, procediéndose a reubicar al prepensionado en un cargo de igual o superior categoría al que había venido ocupando hasta que cumpla con los requisitos exigidos para que se pueda pensionar y procediéndose a nombrar en periodo de prueba al elegible en el cargo que se encuentra en vacancia. Cualquier solución al problema jurídico evidenciado que fuese distinta a la presentada supondría una vulneración a los Derechos Fundamentales del prepensionado o del elegible, por lo que la propuesta es la única solución constitucionalmente aceptable.

## 6. PROCEDIMIENTO – COMPETENCIA - DECLARACIÓN JURADA.

Invoco como fundamentos procedimentales de la presente **ACCIÓN DE TUTELA** las siguientes normas: artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991<sup>18</sup>, Decreto 306 de 1992<sup>19</sup> y Decreto 1382 de 2000<sup>20</sup>. En torno a la competencia, en razón al lugar donde se desarrolla el problema jurídico es usted Señor Juez el competente para conocer de este **proceso de tutela**. De igual modo, bajo la gravedad de juramento que no se ha interpuesto, en ningún momento, otra **acción constitucional de tutela** por los mismos hechos y buscando la garantía los mismos Derechos Fundamentales mencionados.

## 7. PRUEBAS Y ANEXOS.

Para dar sustento a lo anterior, me permito solicitar que se decrete lo siguiente:

Se **OFICIE** al Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC para que aporte información veraz, oportuna y actualizada sobre: (i) *el número de vacancias definitivas a la fecha en el área geográfica dentro del OPEC 33740*, (ii) *el estado actual del proceso de nombramiento respecto de todos los empleos correspondientes a la citada OPEC, informándose los nombres de las personas y el orden y fecha de nombramiento. Y la correspondiente aceptación y posesión al cargo del aspirante nombrado.* (iii) *En qué estado está el cumplimiento de artículo 6 de la Ley 1960 de 2019*, (iv) *el número de vacancias definitivas y/o temporales presentes en toda la entidad a la fecha de la presentación de la presente acción de tutela.*

---

18 "...por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

19 "...por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991".

20 "...por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela."

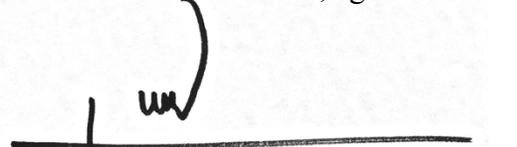
Y se tengan por presentadas las siguientes:

- a. Acuerdo número CNSC-20181000004636, por medio del cual se reglamentó la Convocatoria 698 - DTSC.
- b. Resolución número CNSC-20202230040275 del diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020) "*Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer UN (1) vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Universitario Area Salud, Código 237, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 33740, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, Proceso de Selección No. 698 de 2018 – Convocatoria Territorial Centro Oriente*".
- c. Copia de la respuesta al Derecho de Petición interpuesto ante la DTSC por la señora FANNY ALEXANDRA RAMÍREZ IGLESIAS.
- d. Copia del Fallo de Tutela de primera instancia del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales, en el caso de la señora FANNY ALEXANDRA RAMÍREZ IGLESIAS.
- e. Copia del Derecho de Petición presentado por la accionante el día catorce (14) de octubre de dos mil veinte (2020).
- f. Copia de la respuesta al Derecho de Petición remitida por DTSC prorrogando la respuesta.
- g. Poder otorgado para actuar.

## 8. NOTIFICACIONES

Recibiré las notificaciones en el correo [eden.felix@gmail.com](mailto:eden.felix@gmail.com), en la Calle 72 #27-68, Conjunto Horizontes T2E3, Manizales, Caldas y en mi teléfono 3136977902.

Del esciente funcionario, agradeciendo la atención prestada,



EDÉN FÉLIX NIETO

C.E. 391.421

T.P. 297.003 del C.S. de la J.