

Mocoa Putumayo, 07 de junio de 2022

Señor:
JUEZ CONSTITUCIONAL
E. S. D.

REF: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: JORGE ALEJANDRO TOVAR MUÑOZ

ACCIONADO: SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO, GOBERNACIÓN DEL PUTUMAYO, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

JORGE ALEJANDRO TOVAR MUÑOZ, mayor de edad, identificado con C.C.No. [REDACTED] vecino y residentes en el [REDACTED] ejercicio del artículo 86 de la constitución política, y de conformidad con los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1386 de 2000, interpongo ante su despacho la presente Acción de Tutela, con el fin que se me protejan los siguientes derechos fundamentales, al derecho de petición, una vida digna, al mínimo vital, al debido proceso, al trabajo, al acceso al empleo público de carrera, debido proceso, igualdad y a la confianza legítima, por parte de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL PUTUMAYO, GOBERNACIÓN DEL PUTUMAYO y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. Para fundamentar esta Acción de Tutela me permito relacionar los siguientes:

I. HECHOS

1. Con la intención de ingresar a trabajar con el Estado por medio de carrera, opte por inscribirme en la convocatoria de la Gobernación del Putumayo número 1329 Territorial 2019 de la CNSC, al cargo denominado celador con Código 477, donde se ofertaban 35 vacantes para este puesto, para el cual cumplía a cabalidad con los requisitos exigidos.
2. Después de la inscripción en la plataforma SIMO, pague los derechos de participación y fui citado para presentar la prueba escrita el día y hora señalados.

3. Posterior a ello, habiendo presentado dicha prueba y las demás etapas del proceso, mediante resolución No. 9183 del 11 de noviembre del 2021 “por el cual se conforma la lista de elegibles”, ocupe el puesto número 32 con un puntaje de 68.68, sin embargo, con los desempates, baje hasta el puesto número 36, por lo cual, en estricto orden soy la persona siguiente en la lista de elegibles para ocupar un cargo en el mismo empleo que salió a concurso o en otro de la misma denominación, en el mismo grado, con las mismas funciones y en la misma entidad, así este no se haya convocado en dicha OPEC.
4. Al quedar en lista de elegibles en el puesto número 32, mismo que con los desempates me dejó en el 36 no alcance las 35 vacantes ofertadas en un principio, sin embargo, al indagar en cuanto a posibilidades de ingreso a la entidad, al estar dicha lista de elegibles vigente hasta el momento, me entere de la existencia de 9 vacantes, que si bien en un principio no fueron ofertadas en la OPEC, aparecen relacionadas en la circular No. 073 emitida por la Secretaría de Educación, en la cual se relacionan un total de 13 vacantes en la ciudad de Mocoa, sin embargo, como lo refiere el asunto de la referida circular, en Mocoa son solo 6 vacantes para quienes ganaron el concurso, por lo cual, quedarían libres en total 7 vacantes relacionadas en dicha circular, de las cuales, así no hayan salido a concurso soy candidato para ocupar una de estas, dado que soy el siguiente en la lista de elegibles, de igual forma, teniendo en cuenta que dichas vacantes se encuentran en el mismo grado, es el mismo empleo y se cumplen las mismas funciones, como lo establece el artículo 31 numeral 4 de la ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, el cual determina que:

“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”

5. De igual forma, me entere de la solicitud de renuncia del señor SEGUNDO RODRIGO ILES HERNANDEZ, identificado con cedula de ciudadanía No. [REDACTED] quien mediante resolución No.0068 del 09 de marzo del año de 1983, se encontraba ocupando el cargo denominado Celador, Código 477 grado 02, en la institución Educativa Pio XII DE LA Ciudad de Mocoa Putumayo, renuncia que fue aceptada mediante resolución 3148 del 10 de agosto del año 2021, estableciendo en su artículo primero como fecha para la misma el primero de enero del año 2022.
6. Que mediante la resolución No. 3148 del 10 de agosto del año 2021, emitida por la Secretaría de Educación Departamental, se aceptó la

renuncia del señor SEGUNDO RODRIGO ILES, y en su artículo segundo **“declara la vacante del empleo denominado Celador, Código 477 Grado 2 de la planta global de cargos de personal Administrativo del Departamento del Putumayo, financiada con recursos del Sistema General de Participaciones, a partir del 01 de enero de 2022”**

7. Cargo que según la lista de elegibles al estar en el puesto número 36 me corresponde ocupar, teniendo en cuenta que la lista de elegibles aun cuenta con vigencia, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 31 numeral 4 de la ley 1960 de 2004 modificado por el artículo 6 de la ley 1960 de 2019.
8. Que si bien es cierto, dicha ley entró en vigencia el día 27 de junio del año 2019, es decir, con posterioridad a la realización de la mencionada convocatoria, sin embargo, como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, así como, los criterios adoptados por la CNSC, en estos casos aplica la RETROSPECTIVIDAD de la norma, es decir que se **afectan situaciones fácticas y jurídicas con anterioridad a la vigencia de la norma que no hayan finalizado al momento de entrar a regir la misma.** Lo cual me hace merecedor de la vacante relacionada en el hecho anterior, aunque, esta no pertenezca a las 35 ofertadas en dicha OPEC, ya que la misma corresponde empleo ofertado, es el mismo grado, código y se cumplen las mismas funciones.
9. Que teniendo en cuenta la existencia de la vacante en el mismo empleo, entidad y denominación, envié derecho de petición a la Secretaria de educación con copia a la Comisión Nacional del Servicio Civil, el día 12 de febrero del año 2021 con el fin de que se me nombrara en el cargo que ocupo el señor SEGUNDO RODRIGO ILES HERNANDEZ, quien como ya lo he referido solicito renuncia a la Entidad, misma que fue aceptada mediante la referida Resolución 3148 del 10 de agosto del año 2021, obteniendo respuesta de la Comisión el día 30 de marzo de 2022, manifestando que:

“ a la fecha la Gobernación del Putumayo no ha reportado en el aplicativo SIMO, las novedades que puedan afectar la conformación y/o derogatoria, según sea el caso, de los elegibles quienes ocupo la posición uno (1) al (35), así como tampoco acto administrativo que declarara la vacancia definitiva por configurarse una de las causales de retiro contempladas en el Artículo 41 de la ley 909 de 2004 razón por la cual esta Comisión Nacional remitirá copia de la presente comunicación, a fin de que la entidad registre la información en el mencionado aplicativo

Con base en el reporte realizado por las entidades, y de hallarse procedente, las listas elegibles serán utilizadas de conformidad con

lo establecido por el artículo 8 del acuerdo 165 de 2020, modificado por el Acuerdo 013 del 22 de enero de 2021.

Así las cosas, toda vez que usted no alcanzo el puntaje requerido para ocupar la posición meritosa en la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPECN Nro. 25973, se encuentra en espera a que se genere una vacante en el mismos empleo durante la vigencia de la lista, esto es, hasta el 25 de noviembre de 2023"

10. Que la secretaria de educación mediante oficio del primero de marzo de 2022 en respuesta al derecho de petición manifestó que:

"esta dependencia informa que se están realizando los respectivos actos administrativos de nombramiento para la OPEC 25973, código 477, grado 2, por lo cual una vez culminado el proceso se solicitara autorización para utilización de la lista de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, tan pronto se tenga consolidado de las vacantes y autorización de la CNSC, la secretaria de Educación procederá a realizar los nombramientos en Periodo de prueba, en los términos en que la CNSC así lo establezca"

11. Dicha respuesta emitida por la secretaria de Educación es evasiva y desconoce en todo momento lo dispuesto por la norma ya que la misma establece que cuando la lista de elegibles cobra firmeza, según lo establece el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, se le debe enviar copia al jefe de la entidad para que esta dentro del término de 10 días hábiles produzca el nombramiento de las personas a ocupar los cargos en periodo de prueba, una vez surtido este trámite la entidad cuenta con otros 10 días para comunicarlo al elegible y este cuenta con 10 diez días hábiles para para tomar posesión, según lo disponen los artículos.
12. De tal suerte que para la fecha en que la Secretaria de Educación dio respuesta al derecho de petición, es decir el día 01 de marzo de 2022, ya se había sobrepasado en toda medida el tiempo establecido por la norma para emitir los actos administrativos de nombramiento, comunicar a los elegibles, y reportar a la CNSC las novedades en cuanto a estos, así mismo, debió atender mi petición, dado que para la fecha ya se había generado la vacante en el cargo que ocupo el señor SEGUNDO RODRIGO ILES HERNANDEZ, como lo establece la resolución No.3148 del 10 de agosto del año 2021, la cual anexare como prueba al presente escrito.
13. En consecuencia, debió haber atendido mi solicitud de nombramiento en periodo de prueba en el cargo que ocupaba el señor SEGUNDO RODRIGO ILES HERNANDEZ, quién salió de la entidad al haber solicitado su renuncia, dejando vacante el puesto denominado celador, código 407 grado 2, que si bien el mismo no salió a concurso en la referida OPEC, al

pertenecer a la misma entidad y al cumplirse las mismas funciones, estar enmarcado en el mismo grado y código, me corresponde ocupar a mi persona por ser el siguiente en la lista de elegibles.

14. Que con posterioridad a la presentación de este primer derecho de petición presente uno nuevamente el 18 de abril del 2022, reiterando mi petición, teniendo en cuenta la existencia de dicha vacante, en el cual presente la siguiente petición: "Insto se me nombre en el colegio Pio XII en el cargo que desempeñaba el señor SEGUNDO RODRIGO ILES HERNANDEZ, quien en el mes de diciembre de 2021 se pensiono por retiro forzoso, vacante que no fue ofertada en la OPEC, y que se debe reportar como novedad a la CNSC, para que autoricen el uso de lista de elegibles y continuar con los nombramientos en estricto orden de mérito, que para mi caso sería el primer lugar luego del nombramiento de los 35 compañeros elegibles que ya fueron nombrados."
15. Que el día 25 de mayo de 2022 la secretaria de Educación del Putumayo dio respuesta a mi solicitud, manifestando que: "se realizó el respectivo reporte a la CNSC, de igual manera se solicitó información del respectivo cargue y el proceso para la solicitud de autorización de lista de elegibles, teniendo en cuenta que para celadores existen 2 OPEC ofertadas para vacantes del Departamento del Putumayo".
16. Dicha respuesta no es de fondo, clara ni concisa y es violatoria del derecho fundamental de petición, toda vez que no se están pronunciando en cuanto a la petición elevada por mi persona, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y la existencia de dicha vacante a la cual puedo acceder por estar en lista de elegibles vigente hasta el momento.
17. En tal caso que como se ha establecido a lo largo del presente escrito y como se deja evidencia en las pruebas anexadas en este documento, existen vacantes que no han sido reportadas a la CNSC por parte de la Secretaria de Educación del Putumayo a las cuales podemos acceder las personas que nos encontramos en lista de elegibles, así como lo establece el numeral tercero del acuerdo 013 del 22 de enero de 2021, lo cual se puede evidenciar en las pruebas anexadas a la presente Acción Constitucional, lo cual está vulnerando en toda medida mis derechos fundamentales al derecho de petición, una vida digna, al mínimo vital, al debido proceso, al trabajo, al acceso al empleo público de carrera, igualdad y a la confianza legítima.
18. Por lo anteriormente expuesto acudo a ustedes respetuosamente con el fin de que se atiendan mis pretensiones.

II. PRETENSIONES

Considerando los hechos indicados solicito a usted:

1. Muy comedidamente le solicito tutelar mis derechos fundamentales al derecho de petición, una vida digna, al mínimo vital, al debido proceso, al trabajo, al acceso al empleo público de carrera, igualdad y a la confianza legítima
2. Que, en consecuencia, se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil autorice el uso de la lista de elegibles, si aún no lo ha hecho, dado que como se ha referido existen empleos vacantes en el mismo cargo, grado y con las mismas funciones.
3. Se ordene a la Secretaria de Educación se me nombre en periodo de prueba en el cargo que ocupo el señor SEGUNDO RODRIGO ILES HERNANDEZ quien mediante resolución No. 3148 del 10 de agosto del año 2021 se le acepto su renuncia quedando tal cargo en vacancia, en la Institución Educativa Pio XII de la Ciudad de Mocoa, teniendo en cuenta que soy el siguiente en la lista de elegibles.
4. O en su defecto se ordene a la Secretaria de Educación mi nombramiento, de ser el caso, en cualquiera de las 35 vacantes ofertadas en dicha OPEC, si esto fuera posible teniendo en cuenta el orden de la lista de elegibles, o en cualquier vacante que hubiere surgido en esta entidad en el mismo cargo, con las mismas funciones, el mismo grado y el mismo código, en la ciudad de Mocoa P.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para lo anterior me permito invocar los siguientes argumentos como fundamento de mi petición:

Artículo 86 de la Constitución Política, Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1386 de 2000.

Específicamente el artículo 125. De la Constitución Política establece que: *“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"¹.

Con lo cual observamos cómo se eleva a rango constitucional el empleo por carrera, y por ende el proceso para accederá la misma, es decir el concurso de méritos mismo que representa un papel fundamental a la hora de proveer los empleos públicos y que debe ser respetado en todas sus etapas y acatado por las entidades en cuanto los reglamentos, normas, acuerdos y demás que le rijan, so pena de contrariar la Constitución misma.

Seguidamente la Ley 909 de 2004 en su artículo 31 numeral 4, modificado por el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, en cuanto al tema objeto de debate a estableció que:

*"Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborara 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"*²

La norma es clara y para el caso objeto de estudio, si bien es cierto las nueve vacantes de las cuales se tiene registro en el momento no fueron ofertadas en dicha OPEC, al pertenecer al mismo empleo, grado, lugar y a la misma entidad deben ser ofertadas en su estricto orden a las personas que se encuentran descritas en la lista de elegibles en estricto orden, ya que de no hacerlo se le estaría vulnerando el derecho adquirido mientras se encuentran vigentes dichas listas, en tal caso que de no vinculárseles en periodo de prueba se estaría yendo en contra de la norma por parte de la entidad, teniendo en cuenta las consecuencias gravosas que esto trae tanto para la entidad o para el funcionario quien por omisión se hace responsable al no acatar dicha norma.

Que si bien es cierto este concurso de méritos se dio con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1960 del año 2019, con la aplicación de la retrospectividad de la norma, mientras las condiciones jurídicas y fácticas que se originaron con anterioridad a su entrada en vigencia no hayan finalizado se puede aplicar esta condición especial, situación que se cumple a cabalidad, dado que la lista de elegibles aún se encuentra vigente. En cuanto a esto el Departamento Administrativo de la Función Pública, ha emitido concepto No. 357341 de 2021 donde ha establecido que:

La CNSC modificó su criterio inicial, adoptando el 20 de enero de 2020 el criterio que hoy rige, con algunas adiciones, indicando que "las listas de

¹ Constitución Política Artículo 125

² Ley 909 de 2004 artículo 31 numeral 4, modificado por el artículo 6 de la ley 1960 de 2019

elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos". (Posteriormente, el 22 de septiembre de 2020, la CNSC amplió su criterio incluyendo el uso de las listas de elegibles para empleos equivalentes.)

Hay lugar a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, **ya no se encuentra vigente**, por el cambio normativo producido.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye que las listas de elegibles obtenidas en procesos de selección iniciados antes de la vigencia de la Ley 1960 de 2019, podrán ser usadas para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad al proceso de selección con las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedan el número de vacantes ofertadas, en los "mismos empleos" o en sus "equivalentes", de acuerdo con la definición de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

No sobra señalar que los criterios adoptados por la CNSC en desarrollo de su objetivo constitucional y como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades como para aquellos que desean ingresar a la administración pública.³

En cuanto a la RETROSPECTIVIDAD de la norma en sentencia T-110 del año 2011 del Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, ha referido que: la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su

³ concepto 357341 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

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 marginado"⁴

Así mismo, la sentencia T-340 del año 2020, establece que: "el último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, "pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"^[52]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia"⁵.

De igual forma en la referida Jurisprudencia, se argumenta que:

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1º de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad** y que correspondan a los "**mismos empleos**", entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."^[53].

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley

⁴ sentencia T-110 del año 2011

⁵ sentencia T-340 del año 2020

1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente⁶.

de igual forma y como fundamento jurídico a mi solicitud es preciso traer a colación lo establecido en el acuerdo 0165 de 2020 *“Por el cual se reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera y Sistemas Específicos y Especiales de Origen Legal en lo que les aplique”*, en su artículo 8 modificado por el artículo segundo del acuerdo 0013 DE 2021, el cual establece que *“Durante su vigencia las listas de elegibles serán utilizadas para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad, en los siguientes casos:”* estipulando en su numeral tercero que: **“Cuando, durante su vigencia, se generen nuevas vacantes del “mismo empleo” o de “empleos equivalentes” en la misma entidad”**⁷.

Con los citados acuerdos se puede evidenciar la importancia de las listas de elegibles y como su utilización se ha venido actualizando a lo largo del tiempo ya que si bien es cierto, en un principio solo se utilizaron para suplir las vacantes que surgieran en la OPEC que salía a concurso, a la fecha tales disposiciones quedaron rezagados, es así que, quien hace parte de una lista de elegibles y esta cuenta con vigencia, en pro de respetarle su derecho y con sujeción a las normas, acuerdos y decretos que rigen lo concerniente a empleo público deben ser vinculados cuando surjan vacantes en el mismo empleo, como lo es el caso, o en empleos equivalentes como lo establece el citado acuerdo, respetando el orden de la misma.

Seguidamente, es preciso hacer referencia al tema de los sujetos que se encuentran en situación de pre pensionados, al igual que las personas que ostentan una condición que los vuelve sujetos de especial protección, caso la sentencia T- 342 del 2021 a referido que:

.3. *En este sentido, esta Corporación ha reiterado que cuando la terminación del vínculo en provisionalidad ocurre como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba de la persona que ganó el concurso de méritos, no se “desconocen 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*

⁶ Ibídem

⁷ ACUERDO No 0013 DE 2021 Por el cual se deroga el numeral 8 del artículo 2 y se modifican los numerales 1, 2 y 3 del artículo 8 del Acuerdo No. CNSC-0165 de 2020

frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”

7.4. Esto significa que el derecho a la estabilidad en el empleo para quien ha sido vinculado a través de un nombramiento en provisionalidad está condicionado “al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente⁸

Dicho esto por esta alta Corporación, se puede establecer que el mérito está por encima de cualquier otra condición, que es deber del nominador ubicar, de ser el caso a estas personas con condiciones especiales con el fin de permitir el acceso a quien por concurso de méritos gana dicha vacante o se encuentra en espera en la lista de elegibles que de igual forma, mientras se encuentre vigente es vinculante a la hora de escoger a quien va a ocupar un cargo en las circunstancias que refiere el acuerdo 0013 DE 2021, en vacantes del mismo empleo o en equivalentes, todo con el fin de respetar el mejor derecho de quien ganó el concurso de méritos o de quien le sigue en la lista de elegibles.

En cuanto a la **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA** en asuntos que versen sobre concursos de méritos en sentencia T-340 de 2020, se ha establecido que:

la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019^[25].

Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos^[26], en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria, por lo que, al haber quedado una vacante definitiva frente exactamente el mismo cargo para el cual él concursó,

⁸ Sentencia T-342 del 2021

aparece la disputa que es objeto de revisión en esta tutela, consistente en determinar si cabía el encargo frente a un funcionario de la entidad, o si, por el contrario, debía hacerse uso de la lista de elegibles en el orden y conforme al mérito demostrado, por parte de las personas que concursaron para acceder a la función pública. Así las cosas, como lo manifestó este Tribunal en la citada Sentencia T-059 de 2019, se observa que, en esta oportunidad, la controversia implica verificar el "(...) **principio de mérito** como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo **y se convierte en un asunto de carácter constitucional**, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales"^[27].

En segundo lugar, se avizora en este caso una de las causales mencionadas en la citada providencia, a fin de determinar que, en concreto, los medios ante lo contencioso administrativo no son siempre eficaces, concerniente a que "(...) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta". Al respecto, como se mencionó en el acápite de antecedentes, su vigencia se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 31 de julio de 2018, la posibilidad de aplicarla se extendió hasta máximo el 30 del mismo mes pero de este año, de suerte que hoy en día no cabe proceder a su uso y, en caso de no asumir la revisión de lo resuelto por el juez de instancia y decretar la improcedencia de la acción de tutela, prácticamente el accionante no tendría mecanismo alguno para reclamar su acceso a la función pública, y se estaría, por razones meramente formales, excluyendo la verificación del mérito como principio fundante del Estado colombiano. No sobra recordar que el actor ocupa en la actualidad el cargo que reclama, en virtud de lo resuelto por el juez de segunda instancia en este trámite de amparo constitucional, por decisión del 3 de julio de 2019.

En tercer lugar, como ya se dijo, la exclusión de la procedencia del amparo llevaría a que, al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, el accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 del Texto Superior, que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica^[28].

Lo anterior, en línea con la solicitud formulada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para la cual, desde la óptica constitucional, no se ha precisado si existe un derecho de las personas que ocupan una lista de elegibles que aspiran a ser nombradas en vacantes definitivas distintas a las ofrecidas en la convocatoria, por lo que esta sería la oportunidad para realizar esas precisiones.

Además de las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante no se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, por las siguientes razones:

Primero, porque la suspensión de un acto administrativo exige que se aprecie una posible violación de la ley, que surja del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas invocadas como vulneradas^[29]. En este caso, no se advierte la existencia de una oposición normativa que sea evidente, como lo demanda la ley y lo requiere la jurisprudencia del Consejo de Estado^[30], sino de una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al criterio de mérito que introduce la Constitución, con la particularidad de que, en el curso de la tutela, se produjo un proceso de tránsito legislativo que, como lo advierte la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contaba con un criterio unificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme al cual la Ley 1960 de 2020, en cuyo artículo 6 se dispone que la lista de elegibles se aplicará "en estricto orden de méritos" para cubrir "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", únicamente se debía aplicar para los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria hayan sido aprobados después de su entrada en vigor, esto es, el 27 de junio de 2019 y, en el caso bajo examen, tal actuación tiene su origen en el año 2016. Por consiguiente, no se trata de un caso en donde se advierta la simple confrontación de normas como supuesto legal que habilite la medida cautelar de suspensión provisional, en los términos del artículo 231 del CPACA.

Segundo, porque la discusión no permite una medida conservativa^[31], en tanto que lo que se busca es precisamente reclamar un derecho que había sido objeto de una respuesta negativa por parte de la administración. Y tampoco cabe la orden de adoptar una decisión administrativa^[32], por cuanto ella es el sustento propio de la controversia de fondo, y al tratarse de una medida anticipativa, solo se justifica ante la inminencia de un daño mayor^[33], hipótesis de apremio que no resulta evidente en este caso, al tener que verificarse el alcance de una garantía de raigambre constitucional y el tránsito legislativo ocurrido sobre la materia.

Por el conjunto de razones expuestas, se advierte la falta de eficacia e idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo para dar respuesta a la controversia planteada, lo que amerita su examen a través de la acción de tutela, como medio principal de protección de los derechos invocados⁹.

⁹ Sentencia T-340 de 2020

En la citada jurisprudencia se puede establecer la idoneidad de la acción de tutela como medio principal para alegar la vulneración de derechos fundamentales, y para su posterior reconocimiento, en cuanto a situaciones surgidas en concursos de méritos concurso de méritos se trata, el caso objeto de estudio en la referida jurisprudencia, se asemeja al objeto de estudio, cuya decisión fue favorable para la parte accionante, donde se le reconoció su derecho al mérito, a la igualdad, a la confianza legítima.

IV. ANEXOS

Me permito allegar los siguientes documentos:

1. Copia de Cedula de Ciudadanía.
2. Copia de Acuerdo.
3. Copia de Acto administrativo del lista de elegibles
4. Copia de la Resolución No.3148 del 10 de agosto de 2021, por medio de la cual se acepta la renuncia del señor SEGUNDO RODRIGO ILIES HERNANDEZ y deja la vacante denominada Celador, código 477 Grado 2, en el Colegio Pio XII.
5. Copia de circular No. 73 expedida por la Secretaria de Educación, donde se evidencian las vacantes que surgieron en el mismo empleo ofertado en la OPEC, con posterioridad a la misma.
6. Copia de derecho de petición enviado por mi persona a la Secretaria de Educación del Putumayo, con copia a la Comisión Nacional del Servicio Civil.
7. Copia de la contestación del derecho de petición de fecha 30 de marzo de 2022 emitida por la CNSC.
8. Copia de la contestación al derecho de petición de fecha 01 de marzo de 2022 emitida por la Secretaria de Educación del Putumayo
9. Copia del segundo derecho de petición enviado a la Secretaria de Educación de fecha 18 de abril de la año 2022.
10. Copia de contestación al segundo derecho de petición por parte de la Secretaria de Educación de fecha 25 de mayo de 2022.
11. Captura de pantalla donde se evidencian las 2 vacantes existentes en el Colegio Pio XII que no fueron reportadas en la circular.

V. NOTIFICACIONES

De la respuesta al anterior me notificare en la siguiente dirección de correo electrónica y al siguiente número:

1. A los celulares: [REDACTED]

2. Correos electrónicos: [REDACTED]
[REDACTED]

Agradeciendo su amable atención y colaboración;

Cordi

[REDACTED]

JORGE ALEJANDRO TOVAR MUÑOZ

[REDACTED]