

Bogotá, 27 de noviembre de 2020

Señores

JUZGADO ADMINISTRATIVO DE CIRCUITO DE BOGOTA (Reparto)

ANA MARIA CELY INSIGNARES, mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, domiciliada en la Ciudad de Bogotá D. C., actuando en nombre propio, de manera respetuosa, solicito al señor Juez, el amparo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política en contra de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** y el **SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E.** de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional¹, toda vez que han vulnerado mis derechos fundamentales a la **IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, BUENA FE, TRABAJO, ACCESO A CARGOS PUBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA**, y los principios de **CONFIANZA LEGITIMA, FAVORABILIDAD, y SEGURIDAD JURÍDICA.**

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA

Me encuentro legitimada para defender mis derechos fundamentales y principios constitucionales invocados, porque no obstante superar todas las etapas del proceso en un concurso de méritos y ocupar un lugar - *tercer (3) puesto* - en la Lista de Elegibles conformada mediante la Resolución CNSC – 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018, y haber reclamado al representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., con el Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019, mi nombramiento y posesión en periodo de prueba en la vacante definitiva del 15 de mayo de 2019, que se dio por renuncia de la titular del derecho de Carrera Administrativa en el cargo no ofertado en la Convocatoria para proveer dos (2) vacantes en el Empleo Público del Sistema General de Carrera Administrativa denominado: **Auxiliar Administrativo**. Código **4044**. Grado **12**, producto de la Convocatoria pública 426 de 2016 – ESE, ofertados bajo el código OPEC No. 30881, omite lo dispuesto en el artículo 6 (modifica el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004) de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, e incurre en un “**defecto factivo sustantivo por desconocimiento del precedente judicial**” proferido por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional en el proceso de revisión de los fallos de tutela proferido en la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, con ponencia del Magistrado LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Toda vez que la Lista de Elegibles para el Empleo Público ofertado y por el cual concursé contenida en la Resolución CNSC – 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018, pierde vigencia el próximo 04 de diciembre de 2020, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia T-397 de 1997 con ponencia del MAGISTRADO ANTONIO BARRERA CARBONEL.

“...Cuando se trata de solicitudes de amparo relacionadas con los actos administrativos, esta Corporación ha precisado la impertinencia de la acción. Ello porque la vía para impugnar dichos actos es la contencioso administrativo y dado el carácter subsidiario de la Tutela, ésta resultaría improcedente excepto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No obstante, la Corte ha admitido la posibilidad de que el juez constitucional ordene la inaplicación de disposiciones legales y de los actos administrativos de carácter general o particular que fueron expedidos con base en aquellas, cuando se acredite plenamente en cada caso particular la existencia de un perjuicio que: (i) produzca de manera cierta y evidente la amenaza grave de un derecho fundamental; (ii) de concretarse el riesgo no sea posible reparar el daño que ello origine; (iii) presente un eminente

¹ DECRETO 1288 de 1994. Artículo 2

acaecer; (iv) solo pueda conjurarse mediante la medida de protección; y, (v) dada la naturaleza e importancia de los hechos la urgencia de la tutela de los derechos fundamentales...”

Si bien cuento con un medio subsidiario, en materia de concurso de méritos, la H. Corte Constitucional ha considerado la falta de idoneidad del medio de control ante la jurisdicción contencioso administrativa para la protección integral de los derechos a la igualdad, debido proceso, trabajo y acceso a los cargos públicos, sobre el particular, en la sentencia SU 613 de 2002, expuso lo siguiente:

“(...). 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 solo 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.**” (Negrilla y subraya fuera del texto).

En el mismo sentido axiológico, la misma Corte reflexionó lo siguiente en la Sentencia SU 913 de 2009:

“Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, **aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto [25], en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es los suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.**” (Negrilla y subraya fuera del texto).

5.2 Considera la Corte que en materia de concurso 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**”. (Negrilla y subraya fuera del texto).

En este contexto, es claro para el Despacho que en materia de nombramiento de integrantes de listas de elegibles producto de concurso de méritos, **se ha estimado por la doctrina constitucional la procedencia de la acción de tutela, cediendo el requisito de subsidiaridad, pues aun cuando existen los mecanismos de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, estos no son idóneos, ni expeditos para evitar la configuración de perjuicio irremediable, máxime cuando se predica en el caso particular una vigencia de 2 años de la lista de elegibles.**” (Negrilla y subraya fuera del texto).

Para la misma Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, **conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo**²; en palabras de la Corporación.

*“La Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso –que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones –ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea **se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.**” (Negrilla y subraya fuera del texto)*

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también “equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe – artículo 83 de la Carta - al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior”.

La jurisprudencia constitucional también ha aclarado en este sentido que las Listas de Elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la “**confianza legítima**” que ampara a quienes participan en estos procesos.

EL CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, en Sentencia del 15 de febrero de 2017. Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05854-01(AC). Actor: JERLY LORENA ARDILA CAMACHO. Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, respecto del problema jurídico planteado de determinar si: ***¿La acción de tutela es procedente para ordenar que se ejecute la lista de elegibles dentro de un concurso de mérito?***, y ***“de la procedencia de la acción de tutela en materia de concurso de méritos”***, CONSIDERA:

Respecto a las actuaciones surtidas al interior de los concursos de méritos, la Corte Constitucional en la sentencia SU-553 de 27 de agosto de 2015, en la cual se estudió un asunto similar, analizó y fijó una postura respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos en materia de concurso de méritos, que busca evitar un perjuicio irremediable por cuanto la lista de elegibles pierde vigencia, y sobre ello expresó:

*“La jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos. El primer supuesto, es cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y el segundo, cuando el accionante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable. De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, **el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la***

² Negrilla y subraya fuera del texto.

pérdida de vigencia de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Adicionalmente, en la aludida providencia se aclaró, que las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo del mismo exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela.

De lo anterior se colige, **que la acción de tutela es procedente para decidir acerca de la ejecución de la lista de elegibles dentro de un concurso de mérito, cuando tiene como finalidad evitar perjuicios irremediables, como en el caso que nos ocupa, para impedir que la misma pierda vigencia.** (Negrilla y subraya fuera del texto original)

(...)

Ante la evidencia de la violación a mis derechos fundamentales, principios constitucionales invocados, y la existencia de una amenaza de la configuración de un perjuicio irremediable el próximo 04 de diciembre de 2020, que de concretarse el riesgo no será posible reparar el daño que ello me origine, efectuando una interpretación armónica con la Constitución Política, las normas legales y el reciente precedente jurídico contenido en la Sentencia T 340 del 21 de agosto de 2020, ruego a Su Señoría se sirva adoptar la medida necesaria, haciendo en consecuencia, las siguientes o similares:

DECLARACIONES

PRIMERA. – Se amparen mis derechos fundamentales a la **IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, BUENA FE, TRABAJO, ACCESO A CARGOS PUBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA,** y los principios de **CONFIANZA LEGITIMA, FAVORABILIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA,** y **DERECHO DE PETICION,** dando aplicación directa a la Constitución Política (artículos 13, 23, 25, 29, 83, 125, y 130) como norma rectora y superior a todo precepto legal, por lo que solicito se de aplicación a las normas efectuando una interpretación armónica con la Constitución Política y los preceptos jurídicos.

- Toda vez que está comprobado la existencia de un perjuicio irremediable en mi contra, al conculcarse mi derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado, y la manifiesta ilegalidad en su expedición, de acuerdo con la normativa vigente dispuesta en los artículos 93 a 97 de la ley 1437 de 2011 y el precedente jurisprudencial en materia de revocatoria directa de actos administrativos,

SEGUNDA. - **ORDENAR** al representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., o quien haga sus veces, que de manera inmediata sin el consentimiento de BREGETH ANDREA GALEANO GONGORA, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.071.987.353, **REVOQUE** la Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019, mediante la cual es nombrada con carácter **PROVISIONAL** y posesionada en el cargo de **Auxiliar Administrativo.** Código **4044.** Grado **12,** de la planta globalizada del Sanatorio de Agua de Dios E.S.E.

- Considerando que el 06 de febrero de 2019, se nombran y posesionan en periodo de prueba, los primeros en la Lista de Elegibles: BERTHA NELLY BOHORQUEZ MACIAS y JOSÉ GUILLERMO TRUJILLO MAYORGA, en las dos (2) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 del Sistema General de carrera de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS,

ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E.,

TERCERA. – ORDENAR a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, efectuó la recomposición de la Lista de Elegibles contenida en la RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018.

- Haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad consignada en el artículo 4 de la Constitución Política,

CUARTA. – ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, **INAPLIQUE** por inconstitucional el “**Criterio Unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”**”, emanado por la SALA PLENA DE COMISIONADOS en la sesión del 01 de agosto de 2019.

QUINTA. – ORDENAR a los representantes legales, o quien haga sus veces en la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC y el SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., que realicen las actuaciones pertinentes para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante ANA MARIA CELY INSIGNARES en el cargo denominado **Auxiliar Administrativo**. Código **4044**. Grado**12**.

SEXTA. - ORDENAR al representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., o quien haga sus veces, que de manera inmediata adelante los trámites administrativos y financieros necesarios y suficientes, derivados del uso de la Lista de Elegibles para proveer a la accionante ANA MARIA CELY INSIGNARES la vacante definitiva no ofertada en la convocatoria, surgida con posterioridad el 15 de mayo de 2019, y en consecuencia, proceda a:

- 1). Realizar la verificación en la planta global de los empleos de la Entidad, que este cumple con las características del solicitado por la accionante el 18 de junio de 2019, que corresponde al mismo por el que concursó y en especial la ubicación geográfica de este,
- 2) reportar la OPEC o actualizar la existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad – SIMO - y,
- 3) En los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica para su uso, realizar ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la solicitud de uso de la Lista de Elegibles conformada mediante la RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018, y finalmente autorizado su uso, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización, proceda a realizar el nombramiento de la accionante ANA MARIA CELY INSIGNARES en el cargo deprecado.
- 4). En su defecto, que el SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E. con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. (**Empleos equivalentes**) del Decreto 1083 de 2015, verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de **EQUIVALENCIA** e informe a la accionante para que elija el de su preferencia

SEPTIMA. - ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, que en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS HÁBILES contados a partir de la solicitud de uso de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución Nª CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018, para el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, a través de la Convocatoria No. 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 30881, proceda a:

- 1) Informar si el SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., ha reportado para el registro de la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) en SIMO, todas las vacancias definitivas producidas por renuncia de los titulares en empleos de Carrera Administrativa, desde la Convocatoria 426 de 2016 - ESE., hasta la fecha.
- 2) Informar si existe en la Resolución Nª CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018, elegible que cumpla con los requisitos para el empleo que satisface los requisitos y condiciones.

- 3) De conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, defina la tarifa que debe asumir por el uso de la lista de elegibles y pagar la Entidad SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., y
- 4) realizar todos los demás trámites correspondientes para que finalmente expida el acto administrativo de autorización del uso de la Lista de elegibles y su remisión, y con ello el SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E. pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento de la accionante. Todo, sin perjuicio de que las Entidades públicas accionadas, ajusten y adopten conjuntamente sus cronogramas "antes del vencimiento de la Lista de Elegibles en que se encuentra la accionante".

La actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de QUINCE (15) DÍAS HÁBILES, y para su cabal realización las Entidades públicas accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

- Considerando que hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con el Parágrafo 3 del Artículo 6 del Decreto 491 de 2020, la Suspensión de términos de las actuaciones administrativas no aplica a las actuaciones administrativas relativas a la efectividad de derechos fundamentales,

OCTAVA. – ORDENAR al doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., o quien haga sus veces, resuelva inmediatamente mi Recurso de Reposición con Radicado 2352-2 del 03 de noviembre de 2020 (Hora: 16.21), en contra de su Radicado No. 2020GR100016341 del 26-10-2020.

MEDIDA PROVISIONAL

Toda vez que la misma pierde vigencia el próximo 04 de diciembre de 2020, y generaría de forma inmediata la imposibilidad jurídica de su utilización para proveer la vacante avocada en las pretensiones de la presente acción constitucional, lo cual me ocasionara un perjuicio irremediable que ya no podrá ser reparado, y como el asunto está relacionado directamente con el fondo del objeto de controversia, probado documentalmente dentro de este trámite en que he reclamado mis derechos fundamentales, solicito se decrete la suspensión del término de vencimiento de vigencia de la Lista de elegibles conformada mediante la RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018 "*Por el cual se conforma y adopta la lista de Elegibles para proveer **dos (2) vacantes** del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado **Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12** del Sistema General de carrera de la **E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E.*"

A efecto de resolver la medida provisional, es necesario citar los requisitos que ha señalado la Honorable Corte Constitucional para su procedencia:

"... ha precisado que procede adoptarlas en estas hipótesis: (i) cuando resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación o (ii) cuando habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa..."

SOLICITUD ACCESORIA

Solicito se sirva vincular a los demás integrantes que conforman mediante la RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018 "*Por el cual se conforma y adopta la lista de Elegibles para proveer **dos (2) vacantes** del empleo*

de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado **Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 del Sistema General de carrera de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E.”, **RESUELVE: ARTICULO PRIMERO** la Lista de Elegibles, con interés en las resultas del proceso a fin de que puedan manifestarse respecto de la presente acción de tutela, siguientes:

Posición	Tipo documento	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	51851721	BERTHA NELLY	BOHORQUEZ MACIAS	75.61
2	CC	1070609141	JOSE GUILLERMO	TRUJILLO MAYORGA	65.64
3	CC	39582061	ANA MARIA	CELY INSIGNARES	62.76
4	CC	1072189048	LEIDY JAZMIN	RAMIREZ OLIVEROS	62.09
5	CC	1106898677	CRISTIAN ANDRES	MARTINEZ MARTINEZ	56.40

FUNDAMENTOS DE HECHOS

1. La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, en desarrollo de la Ley 909 de 2004, mediante la expedición del Acuerdo No. 20161000001276 del 28 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos Nos. 20161000001416 del 30 de septiembre de 2016, 20161000001466 del 23 de noviembre de 2016 y 20181000000026 del 12 de enero de 2018 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000002346 del 18 de junio de 2018, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente dieciséis (16) empleos con sesenta y cinco (65) vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E. S. E. Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera convocatoria E.S.E.
2. Participé en la convocatoria para para proveer **dos (2) vacantes** del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado **Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 del Sistema General de carrera de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E.
3. La COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, mediante la RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 DEL 05-12-2018 “*Por el cual se conforma y adopta la lista de Elegibles para proveer **dos (2) vacantes** del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado **Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 del Sistema General de carrera de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E.”, **RESUELVE: ARTICULO PRIMERO. – Conformar** la Lista de Elegibles para proveer **dos (2) vacantes** del empleo de carrera denominado **Auxiliar Administrativo. Código 4044**, de la **E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016, bajo el Código OPEC No. **30881**, así:*

Posición	Tipo documento	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	51851721	BERTHA NELLY	BOHORQUEZ MACIAS	75.61
2	CC	1070609141	JOSE GUILLERMO	TRUJILLO MAYORGA	65.64
3	CC	39582061	ANA MARIA	CELY INSIGNARES	62.76
4	CC	1072189048	LEIDY JAZMIN	RAMIREZ OLIVEROS	62.09
5	CC	1106898677	CRISTIAN ANDRES	MARTINEZ MARTINEZ	56.40

4. Al nombrarse y posesionarse el 06 de febrero de 2019 en periodo de prueba, los dos (2) primeros concursantes (BERTHA NELLY BOHORQUEZ MACIAS y JOSÉ GUILLERMO TRUJILLO MAYORGA) en la Lista de Elegibles en los cargos ofertados en la convocatoria, y darse posteriormente el 15 de mayo de 2019, la vacancia definitiva de un (1) cargo del “**mismo empleo no**

ofertado", por recomposición de listas, paso a ocupar del puesto tercero el primero dentro de mi Lista de Elegibles conformada mediante la RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018, toda vez que el Artículo 63 del Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, dispone:

“ARTÍCULO 63. RECOMPOSICIÓN DE LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de las listas (...).”

5. El 15 de mayo de 2019, se produce una vacante en el Empleo Público denominado: **Auxiliar Administrativo**. Código **4044**. Grado **12**, por renuncia definitiva de la titular en Carrera Administrativa, señora FLOR MIREYA GONGORA MAHECHA.
6. En virtud de los hechos tercero (3), CUARTO (4) y quinto (5), presento derecho de petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019, solicitando al doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E. referida al reporte del número de vacantes que existan en la entidad para el cargo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 o similares, así como la gestión que solicito se realice ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC para que autorice uso de lista de elegibles.
 - 6.1. El doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., mediante su Radicado 2019GR100005661 de fecha: 05-08-2019, me da respuesta en los siguientes términos:

(...)

1. **El número de vacantes de cargo Auxiliar Administrativo 4044 12.** Actualmente la entidad tiene una vacante en el empleo con el código y grado referidos por usted, el cual no hizo parte de la OPEC que se llevó a la convocatoria No. 426 de 2016, dado que para la fecha era desempeñado por personal con derechos de carrera.
2. **Gestión ante la CNSC para autorización uso de lista de elegibles.** El día 05 de junio de 2019, ante la existencia de una vacante de Auxiliar Administrativo 4044 12, se hizo la consulta a la Comisión Nacional del servicio civil a cerca de la obligatoriedad del uso de lista de elegibles para proveer el empleo en particular, que no hizo parte de la OPEC reportada para la Convocatoria No. 426 de 2016, cuya respuesta recibimos el 9 de julio de 2019.
3. **Obligatoriedad de nombramiento en vacante definitiva en virtud de lista de elegibles en cargos diferentes a los de la OPEC.** (...).

En el mismo sentido de la interpretación antes expuesta acerca de la aplicabilidad de la lista de elegibles, obtuvimos un concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil del día 4 de julio de 2019 (...):

(...)

Así las cosas, el Sanatorio de Agua de Dios – Empresa Social del Estado no se encuentra obligada a hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. **CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018** para proveer el cargo del cual hace mención en su solicitud, dado que no hizo parte de la OPEC en la Convocatoria No. 426 de 2016.

- 6.2. Oportuna y legalmente interpongo Recurso de Reposición en contra de su acto administrativo con Radicado No. 2019GR100005661 de fecha: 05-08-2019, por medio de la cual niega mi petición con Radicado No. 1679-2 de fecha: 18-06-2019.
- 6.3. Con Radicado No. 2276 - 2 del 20 de agosto de 2019, interpongo Recurso de Reposición en contra del acto administrativo con Radicado No. 2019GR100005661 del 05 de agosto de 2019, y solicito al Gerente de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, reponga su decisión, y en su lugar acceda favorablemente a mi petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019.

- 6.4. El doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., contrario a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, mediante su Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019, no obstante mi petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019, **“reclamando mi derecho en el cargo en vacancia definitiva el 15 de mayo de 2019, no ofertado en la Convocatoria 426 de 2016 - ESE”**, RESUELVE:

“Artículo 1. Nombramiento en provisionalidad. Nombrar con carácter **“PROVISIONAL”** a **BREGETH ANDREA GALEANO GONGORA**, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.071.987.353 en el cargo de **Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12**, de la planta globalizada del Sanatorio de Agua de Dios E.S.E., con una asignación básica mensual de un millón trescientos noventa y cuatro mil ciento un pesos (\$1.394.101.00) moneda corriente, y mientras se surte el proceso de selección para la provisión definitiva del empleo.”

El artículo 8 del mismo Decreto 1227 de 2005, dispone:

“El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada”.^[17] (Negrilla y subraya fuera del texto).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-1175/05. Referencia: expediente D-5781. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, respecto de los requisitos para que pueda efectuarse la **PROVISION PROVISIONAL DE EMPLEOS POR VACANCIA DEFINITIVA**, considera:

“Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; **que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente.** En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación.

A partir de la Sentencia C-319 de 2010, **la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad**, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar la solicitud del uso de la Lista de Elegibles y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo. (Negrilla y subraya fuera del texto).

7. Con Radicado No. 2276 - 2 del 20 de agosto de 2019, interpongo Recurso de Reposición en contra del citado acto administrativo, y solicito al doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., reponga su decisión, y en su lugar acceda favorablemente a mi petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019 (Hecho 6).
8. Mediante la RESOLUCIÓN No. 10.36.719 del 07 de octubre de 2019, 'Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la comunicación de radicado No. 2019GR10000S661 del 5 de agosto de 2019', el Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., doctor FERNANDO

ARTURO TORRES JIMENEZ, resuelve negar mi recurso, y precisando respecto de mis cuestionamientos, me manifiesta:

CONSIDERANDO

(...)

"Obligatoriedad de nombramiento en vacante definitiva en virtud de lista de elegibles en cargos diferentes a los de la OPEC. En relación con la información que reporta en fundamento a su consideración de obligatoriedad de aplicación de lista de elegibles para proveer cargos con condiciones iguales o similares al empleo que fue convocado a concurso de méritos, nos permitimos precisar que mediante **Resolución N° CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018** por la cual se conforma la lista de elegibles para el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, indica literalmente en su artículo 1º. "Conformar la lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera administrativa **Auxiliar Administrativo. Grado 12. Código 4044** de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 30881", de lo cual en el marco de la presunción de legalidad de los actos administrativos, **la lista de elegibles allí contenida, solo me es obligatoria para proveer el número de vacantes ofertadas** por el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 en la Convocatoria No. 426 de 2016" (Negrilla y subraya fuera del texto).

(...)

A LOS ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

(...)

8. Artículos 1 y 6 de la Ley 1960 de 2019, me indica:

El artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, modificó las reglas del encargo que traía la ley 909 de 2004, no siendo aplicable frente a la inconformidad de la recurrente, dado que el cargo de auxiliar administrativa 4044-12, no tiene empleo inmediatamente inferior en el mismo nivel. (Subraya fuera del texto)

(...)

Ahora bien, para la fecha en que se generó la vacante definitiva del empleo de auxiliar administrativa 4044-12 del cual hace mención la señora Ana Celis, El Sanatorio de Agua de Dios, reportó tal novedad a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad cuya respuesta emitida correspondió a los términos respondidos en el(os) Nos 2 y 3 del oficio radicado No 2019GR100005661, **sin que en la información suministrada por el órgano haya asomo de remisión a la Ley 1960 de 2019.** (Negrilla y subraya fuera del texto)

Que de conformidad con lo expuesto, y dado que si bien la Ley 1960 de 2019 **Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998**, estableció en su artículo 6 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 con la cual se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso, dicha disposición no la encontramos aplicable para el caso que nos ocupa, dado que tal normativa al integrar el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 que trata del proceso de selección, no cambia las condiciones iniciales de la Convocatoria No 426 de 2016, cuyos resultados ya se generaron, **hacerlo es darte efectos retroactivos a la Ley 1960 de 2019, lo cual no fue indicado por el legislador en el articulado de la misma.** (Negrilla y subraya fuera del texto)

9. Inconforme con las respuestas a mis peticiones y recursos de reposición, interpongo ACCION DE TUTELA en contra de las Entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, y el SANATORIO AGUA DE DIOS E.S.E., que por reparto corresponde al Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, con la Radicación No. 2019 – 0832.

10. Con Radicado No. 20201400024061 de fecha 15-01-2020. Ref. 20206000020092, en respuesta a la Doctora FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ. Juez del JUZGADO CUARENTA Y DOS DEL CIRCUITO, el doctor VICTOR HUGO GALLEGO CRUZ, abogado en ejercicio, obrando en nombre y representación de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (en adelante CNSC), en su condición de asesor jurídico encargado, a través de escrito se opone a mi solicitud de acción de tutela, en los siguientes términos:

1. Caso concreto.

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles – BNLE, se constató que esta Comisión Nacional conformó lista de elegibles mediante Resolución No. 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018, para proveer dos (2) vacantes del empleo No. **30881** denominado Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 12 del Sistema General de Carrera Administrativa de la E. S. E. Sanatorio de Agua de Dios, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E. S. E, en la cual la señora **ANA MARIA CELY INSIGNARES** ocupó la tercera (03) posición.
...).

Vale la pena aclarar que de surgir vacancias definitivas en el empleo por renuncia, muerte del titular entre otros, estas deben ser provistas con los integrantes de la lista específicamente conformada para el empleo No. **30881** durante el término de vigencia de la Resolución No. 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018.

De otra parte, vale la pena mencionar frente a la posibilidad de utilizar las listas de elegibles en empleos cuya vacancia definitiva surgió con posterioridad a la aprobación del Acuerdo de la Convocatoria de su interés, que dicha provisión podrá hacerse solo para **“empleos iguales” y previa solicitud expresa por parte de la entidad**, quien además deberá apropiar y cancelar el costo previsto para el uso de la lista de elegibles establecido en Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014.

De acuerdo con lo anterior, la Entidad nominadora deberá realizar la solicitud mediante oficio a esta Comisión Nacional, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta Nro. 2019100000117 del 29 de Julio de 2019.

Posteriormente, la CNSC procederá a verificar las listas vigentes de la Entidad, que cumplan con las características del empleo solicitado, con el fin de autorizar los nombramientos en periodo de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito les asiste el derecho.

(...).

3. Petición

Con fundamento en lo anterior, se solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional toda vez que **no** existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- 10.1. Desatando la acción constitucional (Proceso No: 11001-31-03-042-2019.00832-00), el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 27 de enero de 2020, DECLARO IMPROCEDENTE mi Acción de Tutela No. 2019 – 0832, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y el SANATORIO AGUA DE DIOS E.S.E. de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con los siguientes argumentos:

(...)

ACTUACION PROCESAL

“No obstante, pese a que en auto del 14 de enero de 2020 se requirió a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL para que suministrase los datos de las cinco primeras personas que componían la lista de elegibles para el cargo de “AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12”, **la entidad guardó silencio**. (Negrilla y subraya fuera del texto)

(...)

EL CASO CONCRETO

En el caso en examen, **los problemas jurídicos** a resolver se sintetizan en: **i)** establecer si las dependencias convocadas vulneran los derechos fundamentales alegados por ANA MARIA CELY INSIGNARES, al negarse a proferir los actos administrativos de nombramiento en carrera para la vacante “AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12”, el cual entro en vacancia el 15 de mayo de 2019 en la E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS y **ii)** de ser afirmativo el segundo de los cuestionamientos, determinar la viabilidad de ordenar al CNSC y a la E.S.E. el nombramiento de la accionante en el mentado cargo y por medio de la acción constitucional.

(...)

En este caso, no se observa que se hayan desconocido los derechos de posición de la señora ANA CELY INSIGNARES como quiera que el Proceso de Selección No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E., ofertó dos vacantes para el cargo No. 30881 denominado Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 12 del Sistema general de carrera Administrativa de la E.S.E. Sanatorio de Agua de Dios y en la cual la accionante ocupó **la tercera posición**.

(...)

Siendo lo anterior así, no se demostró que las pretensiones de la parte tutelante, no puedan ser atendidas en las acciones pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (*Acción de Cumplimiento – Acción de nulidad simple – acción de nulidad y restablecimiento del derecho*), con petición de suspensión provisional, (...).

- 10.2. Manifiesto en mi impugnación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil, en mi impugnación al fallo de Tutela del 27 de febrero de 2020, lo siguiente:

(...)

El 9 del presente año, el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN, actuando a favor del mérito, dentro de la acción de tutela instaurada por MARIA CAMILA ARROYAVE ARIAS, ciudadana que se encontraba dentro de las mismas circunstancias fácticas y jurídicas a las mías, al encontrarse en una lista de elegibles territorial en Bello Antioquia, le fueron tutelados sus derechos fundamentales.

Lo más valioso de dicho fallo es que da aplicación a la retroactividad, y expone de manera clara y contundente la forma en la cual se debe aplicar la Ley 1960 de 2019, por lo cual fundamentó su decisión en:

4.5. La retroactividad de las normas de cara a situaciones jurídicas consolidadas.

4.5.1. Por regla general las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas.

4.5.2. Excepcionalmente regirán retroactivamente, que a las luces de la sentencia T – 564 de 2015, se configura cuando:

“... una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia, un ejemplo claro de este instituto jurídico es el establecido en el artículo 29 constitucional, conforme al cual, en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

(...)

Y a renglón seguido, añadió:

*“Adicionalmente, se ha aceptado la posibilidad de una tercera modalidad de aplicación temporal de las normas, la cual, si bien, no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa, ha sido empleada especialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de justicia y la Corte Constitucional, esta es, la **retroactividad(14)**. En relación con esta figura, se ha indicado que ella **consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidadas la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.***

Según la jurisprudencia de la corte constitucional y del Consejo de Estado, hay que tener en cuenta que la irretroactividad de la norma tiene unas **excepciones** y que para el caso en concreto donde una lista de elegibles aún tiene vigencia; es decir, que quienes nos encontramos en lista (**vigente dos años hasta el 17 de diciembre de 2020**), se nos aplica la nueva norma; es decir, la Ley 1960 de 2019 en el efecto **RETROSPECTIVO**.

Respecto de esta situación jurídica no consolidada (Vigente lista de elegibles contenida en la Resolución CNSC – 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018), la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-340 del 21 de agosto de dos mil veinte (2020). Referencia: Expediente T-7.650.952. Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, regulando la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excede el número de vacantes ofertadas, para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados**, que surjan con **posterioridad** a la convocatoria de concurso en la misma Entidad, dispone la aplicación **RETROSPECTIVA** de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

Así mismo, la jurisprudencia ha sido clara y es enfática en indicar que cuando no se tiene un derecho adquirido nos encontramos que la situación fáctica y jurídica aún continúa en curso, pues la **lista de elegibles cuenta con una vigencia de dos años término dentro del cual puede llegar a consolidar un derecho o no, es así como la nueva norma la Ley 1960 de 2019, debe ser aplicada a todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes a la entrada en vigencia de la referida norma es decir en EFECTO RETROSPECTIVO**, dado que es una situación jurídica en curso, no se tienen derechos adquiridos, no se ha consolidado en el tiempo por lo cual la nueva norma se debe aplicar en forma inmediata.

En gracia de discusión de los reparos que tuvo la decisión recurrida, para no amparar los derechos fundamentales y constitucionales violentados, **suplico a la instancia de alzada que se dé aplicación al Numeral Primero del Artículo 6, del Decreto 2591 de 1991, en el sentido de que se conceda el amparo, como mecanismo transitorio**, para evitar un perjuicio irremediable, en razón, que el concurso tiene una vigencia de dos (2) años, y en el caso, que se interponga la acción judicial ordinaria o contencioso administrativa, su durabilidad en el trámite procesal, como mínimo, se tardaría más de tres (3) años, por lo tanto sería infructuoso el resultado de trámite de dicha decisión.

Es dable mencionar que el fallo de segunda instancia, a la fecha, transcurridos casi **NUEVE (9) MESES**, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL no lo ha resuelto; también, no he sido notificada personalmente al medio electrónico autorizado por mí, de la decisión que lo resuelve de fondo; o sea, cuando muy seguramente haya un pronunciamiento de fondo, real y efectivo, mi Lista de Elegibles contenida en la Resolución CNSC – 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018, no estará vigente y por desoír durante **DIECISIETE (17) MESES** – Desde el 18/06/2019; hasta, el 17/11/2020 - mis “**peticiones (solicitando el mismo empleo en vacancia definitiva desde el 15/05/2019), recursos de reposición, tutela, impugnación de fallo, pre constitución de renuencia de acatar normas legales, recurso de insistencia por habeas data (Resolución No. 10.36.456 del 19-07-2019)**”, el daño en mi contra que se pudo conjurar, será irreparable.

11. El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCION PRIMERA. SUBSECCION B, profiere el 6 de febrero de 2020 el fallo que resolvió mi **RECURSO DE INSISTENCIA** formulado en contra de la negativa de acceso a la información, por parte del doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMÉNEZ en calidad de Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., mediante el oficio No. 2019GR100011971 del 18 de diciembre de 2019.

11.1. En cumplimiento del fallo proferido por el alto Tribunal Administrativo, mediante el Radicado No. 2020GR100003831 de fecha: 17-02-2020, el representante legal del Sanatorio me remite fiel copia de la Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019, mediante la cual, evidencio que no obstante mi petición del 18 de junio de 2019, “**reclamando mi derecho en el cargo no ofertado en la Convocatoria 426 - ESE**”, **RESUELVE:**

“Artículo 1. Nombramiento en provisionalidad. Nombrar con carácter “**PROVISIONAL**” a **BREGETH ANDREA GALEANO GONGORA**, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.071.987.353 en el cargo de **Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12**, de la planta globalizada del Sanatorio de Agua de Dios E.S.E., con una asignación básica mensual de un millón trescientos noventa y cuatro mil ciento un pesos (\$1.394.101.00) moneda corriente, y mientras se surte el proceso de selección para la provisión definitiva del empleo.”

• **SUBSIDIARIEDAD**

Respecto de la subsidiariedad que el a quo en su fallo, argumenta que puedo atender con las acciones pertinentes ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (*Acción de Cumplimiento – Acción de nulidad simple – acción de nulidad y restablecimiento del derecho*), es importante manifestar que la regla general manifiesta que el ejercicio de la acción constitucional está limitado, entre otros, a eventos en los que no exista dentro de nuestro ordenamiento jurídico, algún mecanismo de protección, o si lo hay, este sea ineficaz para la prevención de ocurrencia de un perjuicio, cuyas repercusiones sean irremediables.

Bajo ese entendido, si bien, las actuaciones adelantadas dentro de los concursos de méritos oficiales, se componen de actuaciones administrativas, que pueden ser atacadas por los medios de control del trámite contencioso, la Corte Constitucional ha admitido que la tutela, al decidirse mediante un trámite sumario, protege con

mayor efectividad los derechos de los aspirantes, pero no debe perderse de vista que estos concursos se componen de etapas perentorias, las que por su celeridad, no permiten a los participantes interponer acciones ordinarias, sin que esto derive en un perjuicio que no pueda ser remediado, puesto que para cuando sería proferida la decisión judicial dentro del trámite ordinario, este resulte, probablemente, inútil.

12. Inconforme con la decisión, oportuna y legalmente interpongo el recurso de apelación ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil.

13. Atendiendo la recomendación del a quo³, con el objeto de conjurar la amenaza en mis derechos de acceso a la carrera Administrativa por meritocracia, y para acreditar el cumplimiento del requisito previo dispuesto en el artículo 8 (**Procedibilidad**) de la Ley 393 de 1998, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles siguientes a mi radicación, le **DEMANDO** al representante legal del Sanatorio Agua de Dios E.S.E., el **CUMPLIMIENTO** de su deber legal de respetar las siguientes disposiciones:

“El Numeral 3 del Artículo 44 del Decreto 760 de 2005; el Artículo 1 del Decreto 4968 de 2007; el Artículo 2.2.5.2.1 (Vacancia definitiva.) Artículo 2.2.5.3.1 (Provisión de las vacancias definitivas), Artículo 2.2.5.3.2 (Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera) Parágrafo 1 del Decreto 648 de 2017 (Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015); el Decreto 051 de 2018. Artículo 3, que adiciona el artículo 2.2.6.34 (Registro de los empleos vacantes de manera definitiva) al Decreto 1083 de 2015; los Artículos 1 y 6 de la Ley 1960 de 2019, el precedente judicial: Sentencia C – 1175 de 2005, literal 6.6.⁴; Sentencia T-112 del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS; Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 15 de febrero de 2017. Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05854-01(AC), y los actos administrativos de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC: Resolución N° CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018; el Acuerdo No. 2019000008736 del 06-09-2019. Artículo 1, numeral 2, y la Circular Externa No. 0001 del 21 de febrero de 2020, numeral 3.”

14. El doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, gerente de la E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS, en su Oficio con Radicado No. 2020GR100016341 del 26-10-2020, en respuesta a mi petición con Radicado No. 1947-2 de 2020, mediante el cual le RECLAMO EL CUMPLIMIENTO DE NORMAS LEGALES, me responde:

(...)
A LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DE LAS CUALES DEMANDA CUMPLIMIENTO
(...)
5. Ley 1960 de 2019
(...)
Por último, y en relación al principio de irretroactividad de la Ley, que significa que esta no debe tener efectos hacia el pasado, esto es, solo aplicaría excepcionalmente ante situaciones jurídicas no consolidadas, y para el caso concreto vemos que la lista de elegibles ya está conformada, no siendo posible lo que solicita la accionante, lo que no contraría el texto superior ante la prohibición del artículo 58 ibidem. Esto explica porque la CNSC y

3 (...), no se demostró que las pretensiones de la parte tutelante, no puedan ser atendidas en las acciones pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Acción de Cumplimiento – Acción de nulidad simple – acción de nulidad y restablecimiento del derecho), (...)

4 “6.6 Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; **que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil**; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, **que no haya lista de elegibles vigente**. En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación”. Negrilla y subraya fuera del texto.

DAFP, ya han emitido lineamientos frente a la aplicabilidad del Artículo 6 ley 1960 de 2019, solo para futuras convocatorias o concurso de méritos.

Con lo antes expuesto, ratificamos la posición del Sanatorio de Agua de Dios ESE, frente a su caso y con ello resolvemos sus inquietudes.

(...)

El asunto es, que el doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, gerente de la E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS, en su Oficio con Radicado No. 2020GR100016341 del **26-10-2020**, resuelve mi petición con radicado No. 1947-2 de 2020, cuando la Honorable Corte Constitucional, frente a la aplicabilidad del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, en el tiempo futuro, dos (2) meses antes ya se ha pronunciado en la Sentencia T – 340 del **21 de agosto de 2020**.

14.1. Oportuna y legalmente interpongo Recurso de Reposición en contra del Radicado No. 2020GR100016341 de Fecha: 26-10-2020, proferido por el representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, en los siguientes términos:

(...)

El sustento jurídico de las razones de mi inconformidad, **EN RELACIÓN A LOS HECHOS**, es el siguiente:

- Considerando que a su numeral 1, manifiesta que no es posible ubicar en el tiempo y aplicar el principio de legalidad a la Convocatoria 426 de 2016, porque para la fecha no había sido expedida la Ley 1960 de 2019, y se funda en lineamientos emitidos por la CNSC y el DAFP, frente a su aplicabilidad manifiesto:

La Corte Constitucional, **hace escasos dos (2) meses**, en la Sentencia T-340 del 21 de agosto de dos mil veinte (2020). Referencia: Expediente T-7.650.952. Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar **y la Comisión Nacional del Servicio Civil**. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, respecto de la aplicación **retrospectiva** de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 (**regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas**), para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados**, que surjan con **posterioridad** a la convocatoria de concurso en la misma entidad, considera:

“(…)

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

3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *“Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

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

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

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995⁴²⁷, que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010⁴²⁸ se decidió su exequibilidad⁴²⁹. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. **Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados**. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa. Negrilla y subraya fuera del texto.

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformada s por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes

del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. **Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma**, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley. Negrilla y subraya fuera del texto.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe¹⁵⁰¹, así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir “*se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto*”¹⁵¹¹.

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. **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”¹⁵²¹. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia**. Negrilla y subraya fuera del texto.

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

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer*”¹⁵³¹. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004¹⁵⁴¹.

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

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

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 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.”¹⁵⁵¹** Subraya fuera del texto.

3.6.5. **En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva**, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, **ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente**.

(...).”

De conformidad con el citado precedente judicial de la Corte Constitucional, corolario de lo anterior, es que la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, tiene unas **excepciones** y que para el caso en concreto y particular en donde está probado sumariamente que ocupó el tercer (3) lugar en una lista de elegibles que está vigente hasta el 04 de diciembre de 2020, cuando se produjo la vacancia definitiva el 14 de mayo de 2019, en el empleo que supera los cargos ofertados en la Convocatoria 426 de 2016, ha debido aplicarla en el efecto **RETROSPECTIVO**.

(...)

- A su numeral 3, en donde manifiesta que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, mediante oficio de fecha 9 de julio de 2019, emitió respuestas referidas a la no obligatoriedad de lista de legibles para cargos en vacancia definitiva no integradas en la OPEC del concurso de la convocatoria 426 de 2016, manifiesto:

La misma Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, seis (6) meses después, en la CIRCULAR EXTERNA No. 0001 del 21 de febrero de 2020, impartiendo instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado “**Uso de Listas de Elegibles**”

en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes, al numeral 3, dispone:

“De conformidad con el Criterio Unificado “Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” el cual establece que las listas de elegibles conformadas por esta Comisión Nacional y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que corresponden a los “mismos empleos”² ofertados..” Subraya fuera del texto.

². Entiéndase por “**mismos empleos**”, los que corresponden a igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC.

(...)

- A su numeral 5, nuevamente ratifico lo dispuesto por la Corte Constitucional, **hace escasos dos (2) meses**, en la Sentencia T-340 del 21 de agosto de dos mil veinte (2020). Referencia: Expediente T-7.650.952. Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar **y la Comisión Nacional del Servicio Civil**. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, respecto de la aplicación **retrospectiva** de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 (**regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas**), para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados**, que surjan con **posterioridad** a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

Corolario de lo anterior, considerando que integro una lista de elegibles vigente, es que con el cambio normativo surgido con ocasión del Artículo 6 (Modifica el Artículo 31 de la Ley 906 de 2004) de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, 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**.

En mérito de lo expuesto, considerando que en mi caso en concreto al 14 de mayo de 2019 (renuncia definitivamente la titular) se daban los supuestos por integrar y ocupar el tercer (3) lugar en la lista de elegibles conformada mediante la vigente Resolución CNSC – 2018110174185 del 05 de diciembre de 2018, que habilitaban mi nombramiento en periodo de prueba en el empleo de carrera en vacancia definitiva denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado12, ofertado bajo el código OPEC No. 30881 de la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, a efecto de que proteja mis derechos a la igualdad, al debido proceso, y garantice el artículo 125 constitucional (como quiera que rechaza el mérito como criterio relevante para acceder a un cargo de carrera administrativa), con el objeto de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en mi contra el próximo 05 de diciembre de 2019, **“reitero mi solicitud de demandarle el cumplimiento”** del artículo 6 (modifica el artículo 31 de la Ley 909 de 2004) de la Ley 1960 de 2019, y demás normas concordantes; el precedente constitucional dispuesto en el literal 3.6. (**Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo**) de la Sentencia T-340 del 21 de agosto de dos mil veinte (2020). Referencia: Expediente T-7.650.952. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, y el acto administrativo dispuesto en el Criterio Unificado de la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, emitido el **06 de agosto de 2020 (Uso de lista de elegibles para empleos equivalentes)**⁵; en consecuencia, rectifique su posición, **REPONIENDO** su decisión tomada en su acto administrativo de la referencia.

15. Pero, mucho más grave es, que aun conociendo por mi Recurso de Reposición con Radicado 2352-2 del 03 de noviembre de 2020 (Hora: 16.21) , en contra de su Radicado No. 2020GR100016341 del 26-10-2020, el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional en la Sentencia T – 340 del 21 de agosto de 2020, durante los días hábiles del **4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27 de noviembre de 2020**; es decir, transcurridos **DIECISIETE (17) DIAS HABILES**, el doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., no ha atendido mi recurso de reposición; tampoco, lo ha resuelto.

DERECHOS VIOLADOS

Las Entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, y el SANATORIO AGUA DE DIOS E.S.E., han vulnerado mis derechos fundamentales y principios constitucionales invocados al desconocer mi condición de persona que previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijadas por la ley, como aspirante fui seleccionada mediante el sistema de

⁵ 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.” Negrilla y subraya fuera del texto.

meritocracia, y ocupo el tercer (3°) puesto en la RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 DEL 05-12-2018 “Por el cual se conforma y adopta la lista de Elegibles para proveer **dos (2) vacantes** del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado **Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12** del Sistema General de carrera de la **E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E.”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- **NORMAS**

La Constitución Política al regular la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión, dispone:

“ARTICULO 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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

(...)

De la misma manera, la Ley 909 de 2004, al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, establece:

“ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

(...)

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

“ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, **el ingreso** y la permanencia **en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito**, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”. (Subrayado nuestro)

“ARTÍCULO 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño”.

De lo anterior, se concluye que la Constitución Política establece que **el ingreso**, el ascenso y **la provisión de cargos públicos de carrera administrativa se deben realizar mediante procesos de mérito** y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

DECRETO LEY 648 DE 2017

“ARTICULO 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:

(...)

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. (Negrilla y subraya fuera del texto)

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**, 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.”

Al nombrarse y posesionarse el 06 de febrero de 2019 en periodo de prueba, los dos (2) primeros concursantes (BERTHA NELLY BOHORQUEZ MACIAS y JOSÉ GUILLERMO TRUJILLO MAYORGA) en la Lista de Elegibles en los cargos ofertados en la convocatoria, y darse posteriormente el 15 de mayo de 2019, la vacancia definitiva de un (1) cargo del “**mismo empleo no ofertado en la Convocatoria 426 de 2016 - ESE**”, por recomposición de listas, paso a ocupar del puesto tercero el primero (1) dentro de mi Lista de Elegibles conformada mediante la RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018, toda vez que el Artículo 63 del Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, dispone:

“ARTÍCULO 63. RECOMPOSICIÓN DE LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de las listas (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto)

- **ACTOS ADMINISTRATIVOS**

En el Acuerdo 159 de 2011 (Mayo 10), de la CNSC “*Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004*”, se hace referencia en el capítulo I del Título II a la conformación y uso de las listas de elegibles. Concretamente el artículo 11 dispone:

“Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante **y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente, producto de la Convocatoria**, la CNSC autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del presente Acuerdo.” Negrilla y subraya fuera del texto.

En cuanto al Banco Nacional de Listas de Elegibles, el citado acuerdo en el artículo 22, dispone:

“Artículo 22. Uso de listas de elegibles de la entidad. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la Comisión Nacional del Servicio Civil verifique que se agotó el quinto orden de provisión establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, la CNSC, aplicando la definición de empleo equivalente establecida en el numeral 8°, artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar.”

Para la provisión de **vacantes definitivas**, la CNSC **debe verificar si dentro de las listas de elegibles conformadas para la entidad solicitante existe alguna conformada para empleos iguales o equivalentes**. En caso de que existan listas de elegibles para empleos equivalentes en la misma entidad, la CNSC utiliza dicha lista en estricto orden de mérito; **en caso contrario, aprueba el uso de las listas generales de elegibles**, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 ídem: (Negrilla y subraya fuera del texto).

"Artículo 23. Uso de listas generales de elegibles. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la CNSC verifique que con la aplicación del criterio establecido en el artículo anterior no fue posible realizarla, se procederá al uso de las listas generales de elegibles, a través del mecanismo de postulaciones.

Parágrafo. El uso de listas generales de elegibles se realizará de manera exclusiva por el **mecanismo de postulaciones**, salvo que pueda proveerse con algunos de los numerales que anteceden en el orden de provisión establecido por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005" (Negrilla y subrayas fuera del texto).

El mecanismo de **postulación** al que hace referencia la norma, se utiliza para el uso de las listas generales que conforman el Banco Nacional de Listas de Elegibles, el cual permite a un elegible manifestar su interés de ser nombrado en un empleo diferente al que concursó. Negrilla y subraya fuera del texto.

La misma COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, en la CIRCULAR EXTERNA No. 0001 del 21 de febrero de 2020, impartiendo instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado "**Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019**", en procesos de selección que cuentan con lista de elegibles **vigente**, al numeral 3, dispone:

*"El jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, **deberá solicitar** a esta Comisión Nacional la autorización para el uso de la lista de elegibles, con el propósito de cubrir las nuevas vacantes definitivas que corresponden a los "**mismos empleos**" identificados con un número OPEC. (Negrilla y subraya fuera del texto)*

(...)

*De conformidad con el Criterio Unificado "Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" el cual establece que las listas de elegibles conformadas por esta Comisión Nacional y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) de la respectiva convocatoria **y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad** y que corresponden a los "**mismos empleos**"² ofertados.." (Negrilla y subraya fuera del texto).*

Seis (6) meses después, 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."* Negrilla y subraya fuera del texto.

De lo anterior, se deduce que la interpretación expuesta por el doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., es contraria a los principios y valores constitucionales que inspiran el mérito como condición principal de acceso a los cargos públicos de carrera administrativa, y al alcance de los artículos 53 y 125 superiores, pues evidentemente las reglas de la convocatoria No. 426 de 2016 - ESE, prevista en Acuerdos de la CNSC, establece que las listas de elegibles son el insumo para la provisión de las vacantes definitivas de los empleos objeto de la convocatoria, y predicar la idoneidad de la lista de elegibles "únicamente para la provisión de los empleos reportados a la fecha de la convocatoria", implica desconocer directamente el numeral 3 de la CIRCULAR EXTERNA No. 0001 del 21 de febrero de 2020, y el inciso primero de la página 3, del Concepto Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" de la CNSC, proferido en Sala Plena del 6 de agosto de 2020 – "(...) y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; (...)", y la eficacia de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución CNSC – 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018, durante el término de vigencia de dos (2) años – **Del 05/12/2018, al 04/12/2020** -, situación que no se enmarca dentro del contexto axiológico de acceso y ascenso a cargos públicos de Carrera Administrativa.

Ir en contra, es contrario al alcance del principio de in dubio pro operario consagrado en el artículo 53 de la C. N, referente a la necesidad de interpretar la duda en favor del trabajador, y en este caso como integrante de la citada lista de elegibles, soy la destinataria de la protección toda vez que demostré objetivamente mis méritos para acceder al empleo, y con mejor derecho, que la nombrada con carácter "PROVISIONAL" mediante la Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019, por el representante legal de la Empresa Social del Estado.

El alcance de la disposición plantea una duda razonable que debe interpretarse en mi favor, relativa a la idoneidad de la lista de elegibles para proveer específicamente los mismos empleos inicialmente provistos cuando en su titular converjan algunas de las causales de retiro del servicio previstas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y la hermenéutica más benéfica no es otra que predicar la posibilidad de utilizar estas listas para el nombramiento en periodo de prueba en las vacantes del empleo provisto inicialmente por los primeros integrantes, sin el entendimiento que el retiro del servicio debe provenir de estos elegibles nombrados inicialmente en virtud de la Convocatoria No. 426 de 2016 - ESE, y posesionados el 06 de febrero de 2019, pues de lo contrario, insisto, se reduciría la idoneidad de la Lista de Elegibles a los dos (2) primeros nombramientos, cuando la regulación indica una vigencia de dos (2) años.

Esta hermenéutica fue precisamente la expuesta en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, modificatoria del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando expresamente refiere:

“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.

Como ninguno de los acápites de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 refiere que tales imperativos “***rigen a partir de convocatorias futuras***”, ante la postura, actitud o manera de interpretar la norma por el representante legal de la E.S.E., es necesario invocar el principio de interpretación jurídica relativo: “***donde la ley no distingue, no le es permitido al interprete hacerlo, so pretexto de que interpreta lagunas jurídicas del legislador***”.

Lo contrario, implica que pese a ostentar todos los méritos para mi nombramiento en periodo de prueba en el Empleo Público para el cual “***concurse, aprobé todas las etapas del proceso, y demostré un mejor derecho***”, no permitir mi acceso pese a que para el 15 de Mayo de 2019 existía una vacante definitiva en el mismo empleo generada por renuncia de la titular de carrera administrativa; sino que, fuera provisto por méritos hasta una nueva próxima convocatoria (***no se sabe cuándo***), videntemente es contrario al fundamento constitucional y legal expuesto.

¿Qué finalidad tiene un largo, costoso y tortuoso concurso de méritos desde el año 2016, si finalmente, menos de dos (2) años después, a quien ocupa un lugar privilegiado, no se le permite ocupar la vacante definitiva que existe en el Sanatorio de Agua de Dios E.S.E., el 15 de mayo de 2019 por renuncia de la titular de Carrera Administrativa? ¿Cuál es el efecto útil de las Listas de Elegibles?

- **PRECEDENTE JUDICIAL**

La Honorable Corte Constitucional, en la Sentencia T-340 del 21 de agosto de dos mil veinte (2020). Referencia: Expediente T-7.650.952. Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar **y la Comisión Nacional del Servicio Civil**. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, respecto de la aplicación **retrospectiva** de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 (***regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas***), para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados**, que surjan con **posterioridad** a la convocatoria de concurso en la misma entidad, considera:

“(…)

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

3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, “*Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*”. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

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

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la

norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, **ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.** Negrilla y subraya fuera del texto.

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995^[47], que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010^[48] se decidió su exequibilidad^[49]. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. **Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados.** Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa. Negrilla y subraya fuera del texto.

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. **Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma,** por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley. Negrilla y subraya fuera del texto.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe^[50], así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir “*se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto*”^[51].

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. **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”^{152]}. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. Negrilla y subraya fuera del texto.

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

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer*”^{153]}. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004^{154]}.

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

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

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. **No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la**

Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."¹⁵⁵. Subraya fuera del texto.

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

(...)."

Es dable mencionar que en **OTROS CASOS** similares a este, el TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN – SALA LABORAL. PROCESO ACCIÓN DE TUTELA. ACCIONADO(S) INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC. VINCULADOS ASPIRANTES INSCRITOS LISTA ELEGIBLES CONVOCATORIA No 433 DE 2016 DEL ICBF CONCURSO OPEC No. 38826 “PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028 GRADO 17”. RADICADO 19-001-31-05-002-2020-00072-01. INSTANCIA SEGUNDA – IMPUGNACIÓN SENTENCIA; el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA SALA ÚNICA DE DECISIÓN. Sentencia: 18 de septiembre de 2020. Radicado: 54-518-31-87-001-2020-00075-01. Accionados: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Vinculados: PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA N. 433 de 2016 - PERSONAS QUE CONFORMAN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016. FUNCIONARIOS QUE ACTUALMENTE OCUPAN LOS CARGOS; es decir, “**con posterioridad a la expedición de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019**”, los elegibles en Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, no nombrados en cargos vacantes no ofertados, que acudieron a la acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, los cuales se vieron vulnerados por las acciones u omisiones de parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, en aplicación de la **RETROSPECTIVIDAD**, obtuvieron sentencias de tutela a su favor:

En reciente fallo del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA, radicado de Tutela 00109 – 2020, **dio el entendimiento sobre la retrospectividad de las leyes, que con todo respeto se solicita al señor Juez, aplique a mi caso, esto considero:**

“Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.”

Y en la parte resolutive, sentenció:

“SEGUNDO. - ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar familiar – ICBF, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC la autorización del uso de la lista de elegibles y efectuó los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba a las señoras Alexis Díaz González identificada con C.C. 38.362.619

de Ibagué-Tolima, , María Cecilia Arroyo Rodríguez identificada con C.C. 52.232.317 de Bogotá D.C. y Yennifer Ruiz Gaitán identificada con C.C. 65.632.956 de Ibagué- Tolima, en el empleo identificado con el código OPEC Nro. 34782 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 del Centro Zonal Jordán, Regional Tolima, conforme a la lista de elegibles establecida en la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018.”

De lo anterior se infiere, según la jurisprudencia de las altas Corte Constitucional y Consejo de Estado, de Tribunales Superiores y Jueces, que hay que tener en cuenta que la irretroactividad de la norma tiene unas **excepciones** y que para el caso en concreto donde una lista de elegibles aún tiene vigencia; es decir, que quienes nos encontramos en lista (**vigente dos años hasta el 04 de diciembre de 2020**), se nos aplica la nueva norma; es decir, la Ley 1960 de 2019 en el efecto **RETROSPECTIVO**.

Así mismo, la jurisprudencia ha sido clara y es enfática en indicar que cuando no se tiene un derecho adquirido nos encontramos que la situación fáctica y jurídica aún continúa en curso, pues la **lista de elegibles cuenta con una vigencia de dos años término dentro del cual puede llegar a consolidar un derecho o no, es así como la nueva norma la Ley 1960 de 2019, debe ser aplicada a todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes a la entrada en vigencia de la referida norma es decir en EFECTO RETROSPECTIVO**, dado que es una situación jurídica en curso, no se tienen derechos adquiridos, no se ha consolidado en el tiempo por lo cual la nueva norma se debe aplicar en forma inmediata.

Como se puede observar de estos precedentes judiciales, para el 27 de febrero de 2020, fecha en que se profiere el fallo de primera instancia dentro de mi Acción de Tutela por parte del JUEZ 42 CIVIL DEL CIRCUITO DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ (Referencia: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832. ACCIONANTES: ANA MARIA CELY INSIGNARES. ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVIVIO CIVIL Y OTROS), todavía no existía jurisprudencia consolidada por parte de la Honorable Corte Constitucional para aplicar, entre otras, a la Convocatoria 426 de 2016 – ESE, y la aplicación de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, lo que generó como consecuencia, fue que se vulnerara el principio de SEGURIDAD JURÍDICA de los elegibles que acudían a la acción de tutela, por cuanto los jueces constitucionales presentaban diversas posturas al analizar los casos derivados de dicho proceso de selección, entre las que se encuentran:

- a. Fallos que tutelan los derechos de los elegibles
- b. Fallos que tutelan los derechos de los elegibles e inaplicación del Criterio Unificado de la Sala Plena de la CNSC;
- c. Fallos que revocan decisiones de primera instancia de los elegibles de la Convocatoria;
- d. Fallos que niegan la tutela de los derechos de los elegibles de la Convocatoria;
- e. Fallos que decretan la improcedencia de la tutela de los derechos de los elegibles de la Convocatoria;
- f. Fallos que no estudian de fondo los derechos de los elegibles de la Convocatoria.

- **EMPLEO EQUIVALENTE**

De igual manera, respecto de la solicitud de que se **ORDENE** a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, **INAPLIQUE** por inconstitucional el **“Criterio Unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”**, emanado por la SALA PLENA DE COMISIONADOS en la sesión del 01 de agosto de 2019, y en consecuencia se aplique el concepto de **EMPLEO EQUIVALENTE** descrito en el Decreto 1083 de 2015 en mi caso particular, en razón al siguiente análisis realizado por dicho Tribunal³:

“Valga anotar que la asimilación de la equivalencia de cargos al OPEC es de reciente invención por la CNSC, pues incluso en el Criterio Unificado de 1 de agosto de 2019 (que también abordó la incidencia de la Ley 1960 en los

trámites meritorios que la precedieron y la sucederán), el cual fue derogado por el de 16 de enero de 2020, ni siquiera se mencionó ese criterio.”

Tal asimilación, la de “**empleo equivalente**” con la OPEC, ostenta dos dificultades, una jurídica y una práctica.

En cuanto a lo jurídico, debe atenderse que el Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, definió “**empleo equivalente**” en los siguientes términos:

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

La definición legal es más estrecha que la insertada en el Criterio Unificado, pues la de éste añade criterios como “**nivel**”, “**asignación salarial**” idéntica, “**propósito**”, “**dependencia**”, “**municipio donde se ubica el cargo**” y “**número de vacantes del empleo a proveer**”, lo que implica un abierto desafío al criterio hermenéutico consignado en el artículo 28 del Código Civil que dispone **que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”**. (Negrilla fuera de texto).

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 de 2019, fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las “**vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad**”, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla infinitesimalmente (considerando incluso su ubicación territorial o su “**propósito**”), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de “**equivalencia del cargo OPEC**”, implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo, pero no se posiciona dentro del número de vacantes, sólo podría optar por el mismo cargo, prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Además, gramaticalmente “**equivalencia**”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica “**Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas**”, teniendo por “**igual**” “**que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos**”, y “**muy parecido o semejante**”, o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico. En ese orden de ideas, **la interpretación efectuada por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es constitucionalmente inadmisble**, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado.

En este punto es dable aclarar que acudo nuevamente ante la acción constitucional a sabiendas de que los hechos y las pretensiones que constan en el presente escrito son similares a los aducidos en el escrito inicial de tutela, tramitada y resuelta por el JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA (Referencia: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832. ACCIONANTES: ANA MARIA CELY INSIGNARES. ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS) y del cual obtuve un fallo adverso (**DECLARA IMPROCEDENTE**), y recurrí en alzada, fallo de segunda instancia que, a la fecha, transcurrido **NUEVE (9)**

MESES, personalmente no se me ha notificado una decisión al medio electrónico aceptado.

Sin embargo, también es dable aclarar que en el transcurso de la Convocatoria 426 de 2016 – E.S.E. se han evidenciado falta de estudio de fondo del asunto respecto de la acción de tutela que instauré inicialmente, hechos nuevos que cambian de manera drástica la aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 dentro del citado proceso de selección, así como de mi circunstancia particular, de la siguiente manera:

- a. El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA y el TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA – SALA ÚNICA DE DECISIÓN, en fallos de tutela de segunda instancia proferidos con posterioridad a la notificación del fallo de segunda instancia dentro de la acción de tutela que instauré, sostienen en sus posturas que el Criterio Unificado expedido por la Sala Plena de la CNSC de fecha 16 de enero de 2020 se debe inaplicar por inconstitucionalidad y en consecuencia ordena el uso de lista de elegibles para provisión de vacantes bajo el concepto de **EMPLEO EQUIVALENTE**, tal como aduce el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019. Esto generó como consecuencia la falta de estudio de fondo de mi caso particular, ya que se observa que Despachos Judiciales en decisiones posteriores si aplicaron **RETROSPECTIVAMENTE** la Ley 1960 de 2019, en favor de los accionantes.
- b. Durante los extremos temporales en que se tramitó la acción de tutela que instauré en contra de las entidades públicas reseñadas, se observa que el Juez constitucional adopta diversas posturas con relación a la aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, generando como consecuencia la vulneración del principio de **SEGURIDAD JURÍDICA**, que en consecuencia conlleva a la vulneración de mis derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO** e **IGUALDAD**.
- c. La Honorable Corte Constitucional profirió la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, la cual al ser la primera sentencia que versa de manera expresa y puntual respecto de la aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, se convierte en punto de referencia para los jueces constitucionales, lo cual garantizará la obtención de similares resultados respecto de similares asuntos.
- d. Siendo así, es necesario que el Juez constitucional profiera nueva decisión respecto de mi caso particular en virtud a que JUZGADO 42 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA al momento de expedir fallo en primera instancia dentro de la acción de tutela que instauré en contra de las aquí accionadas, no tenía conocimiento respecto de la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, en razón a que la misma se encontraba en trámite por parte de la Honorable Corte Constitucional, la cual y como es dable recordar, debió suspender su actividad en razón a la pandemia causada por el Covid-19 durante los meses de marzo hasta julio del año 2020, fechas en las cuales los jueces constitucionales si laboraron en materia de acciones de tutela, por virtud de los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

Las sentencias C-516 de 2016 y C-951 de 2014, se cumplan conforme se dispone en la sentencia C-104 de 1993. Idem, la misma CORTE CONSTITUCIONAL, dieciocho (18) años después en la Sentencia C-539 de 2011. Referencia: expediente D-8351 Magistrado Ponente: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, dispuso:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.(...)” Negrilla y subraya fuera del texto original.

Respecto de la “**OBLIGATORIEDAD DE ACATAR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**”; la misma Corte, en la Sentencia C 621 de Septiembre 30 de 2015. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, reitera que esta se fundamenta en el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respecto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional: “**SU JURISPRUDENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL DICTADO POR ESTA, TIENE FUERZA VINCULANTE COMO FUENTE DE DERECHO**” (...).

El inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y “**SON DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO PARA TODAS LAS AUTORIDADES Y LOS PARTICULARES**”.

- **TEMERIDAD**

Como quiera que acudo nuevamente ante la acción constitucional a sabiendas de que los hechos y las pretensiones que constan en el presente escrito son similares a los aducidos en el escrito inicial de tutela, tramitada y resuelta por el JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA (Referencia: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832. ACCIONANTES: ANA MARIA CELY INSIGNARES. ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS) y del cual obtuve un fallo adverso (**DECLARA IMPROCEDENTE**); tampoco, existe un pronunciamiento de fondo desatando la segunda instancia por parte del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA – SALA CIVIL, la jurisdicción constitucional con relación a la figura de “**temeridad**” y a la existencia de una “**nueva circunstancia jurídica**” que varía sustancialmente la situación inicial, surgido durante el trámite de una acción de tutela, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 618 de 2017, aduce lo siguiente:

“Examen de temeridad en la acción de tutela que se analiza

(...)

10. Por otra parte, en la sentencia T-1034 de 2005[29] esta Corporación precisó que existen dos supuestos que permiten que una persona interponga nuevamente la acción de tutela, sin que con ello se configure una actuación temeraria ni proceda el rechazo. Particularmente, se descarta que una tutela es temeraria cuando: (i) surgen circunstancias fácticas o jurídicas adicionales, o (ii) no existió un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre la pretensión incoada.

(...)”

En aquella ocasión, la Honorable Corte Constitucional reiteró la jurisprudencia constitucional sobre la configuración de la temeridad, y en particular, la necesidad de que se presente identidad de partes, hechos y pretensiones. Además, citó la sentencia T-084 de 2012, según la cual a pesar de que en apariencia se presente esa triple identidad, puede desvirtuarse la temeridad cuando:

“i) existan nuevas circunstancias fácticas o jurídicas que varíen sustancialmente la situación inicial, (ii) la jurisdicción constitucional, al conocer de la primera acción de tutela, no se hubiese pronunciado realmente sobre una de las pretensiones del accionante o porque (iii) la Corte Constitucional profiera una sentencia de unificación, cuyos efectos sean explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones.”

Con fundamento en el precedente judicial citado, se evidencia que a partir de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, existen nuevos elementos jurídicos surgidos con posterioridad a la presentación de la primera tutela que por reparto correspondió al JUEZ 42 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, razón suficiente por lo cual, esta nueva actuación constitucional no es temeraria.

En consecuencia, ahora, se debe tener en cuenta qué:

Desde la expedición de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, así como desde la fecha en que radiqué peticiones ante el SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., esperé a que la entidad accionada solicitara a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, la autorización y el uso de mi Lista de Elegibles para proveer la vacante definitiva surgida el 15 de mayo de 2019. Sin embargo, dichas entidades no realizaron en su totalidad las acciones administrativas conjuntas y tendientes a que se dé total y efectivo cumplimiento del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019.

En la Convocatoria 426 de 2016 – E.S.E, las entidades aquí accionadas no han expedido alguna publicación oficial que permita entrever a los elegibles (entre ellos la suscrita), que de manera conjunta darán efectivo cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 para el uso de mi lista de elegibles, mediante la aplicación del concepto **EMPLEO EQUIVALENTE**, tal como lo han determinado TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA en diversos fallos de segunda instancia, proferidos por ejemplo, respecto de la Convocatoria 433 – ICBF, donde han decretado la inconstitucionalidad del Criterio Unificado proferido por la Sala Plena de la CNSC del 16 de enero del 2020.

Así mismo, existe jurisprudencia expedida por la Honorable Corte Constitucional que, “**respalda**” el uso de mi Lista de Elegibles, como se explica a continuación:

- a. **Mi lista de elegibles, en el transcurso de la acción de tutela que instauré inicialmente me concedía una mera expectativa de acceder a un cargo público:**

Como se mencionó anteriormente, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC expidió mi Lista de Elegibles en la cual, quienes ocuparon los dos (2) primeros lugares, fueron nombrados y posesionados el 06 de febrero de 2019, en el cargo ofertado en la OPEC para la cual postulé.

Ahora, el Decreto 1083 de 2015 “*Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*” establece:

“ARTÍCULO 2.2.6.22 Retiro de lista de elegibles. *Quien sea nombrado y tome posesión del empleo para el cual concursó, con base en una lista de elegibles, se entenderá retirado de ésta, como también aquel que sin justa causa no acepte el nombramiento.*”

Como se puede concluir, los dos (2) primeros elegibles al ser nombrados y posesionados en el cargo ofertado por la OPEC a la cual postulé, se encuentran retirados de la lista de elegibles. En consecuencia, “**por recomposición de lista pasé a ocupar el primer (1) lugar dentro de mi lista de elegibles.**”

Aunando a lo anterior, al no gozar de un derecho adquirido respecto de una vacante ofertada, la jurisprudencia establece que en mi situación particular, solamente contaba con una mera expectativa de acceder a un cargo y este supuesto depende de que los elegibles nombrados en las dos (2) vacantes para la cual postulé, hubiesen abandonado el cargo o incurran en alguna de las causales de retiro estipuladas en el artículo 4 de la Ley 909 de 2004, en una fecha anterior a la pérdida de vigencia de mi Lista de Elegibles.

Dicha postura jurisprudencial se plasma en un extracto de la Sentencia T-455 del 2000 expedida por la Honorable Corte Constitucional, en donde su ratio decidendi establece:

*“Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, **no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente.**”* (Negrilla y subraya fuera del texto)

Por lo tanto, el no contar con un derecho adquirido, servirá como base para complementar el argumento que se expondrá a continuación.

b. **Tránsito de legislación de la Ley 909 de 2004 a la Ley 1960 de 2019.**

En la ratio decidendi de la sentencia C-619/01 se establece inicialmente que, en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. (Postura acogida por la Sala Plena de la CNSC).

Sin embargo, también sostiene que, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, **que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua.**

Siendo así, la sentencia referida hace relación al tema de **TRANSITO DE LEGISLACIÓN**, de la siguiente manera:

TRANSITO DE LEGISLACIÓN-Efectos/LEY-Situación jurídica extinguida/LEY-Situación jurídica en curso. Las situaciones

*“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.”*
(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Haciendo referencia al tema de **“tránsito de legislación”** expuesto por la Honorable Corte Constitucional, si se observan los Acuerdos de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC que regulan todas las Convocatorias, establecen:

“ARTICULO 4º. ESTRUCTURA DEL PROCESO. *El presente concurso abierto de méritos para la selección de los aspirantes tendrá las siguientes fases:*

1. Convocatoria y divulgación.
2. Inscripciones.
3. Verificación de requisitos mínimos.
4. Aplicación de pruebas.
 - 4.1 Pruebas sobre competencias básicas y funcionales.
 - 4.2 Pruebas sobre competencias comportamentales.
 - 4.3 Prueba psicotécnica de personalidad. Aplica únicamente para empleos del nivel profesional de áreas o procesos misionales.
 - 4.4 Valoración de antecedentes.
5. Conformación de listas de elegibles.
6. Periodo de prueba.”

Como se puede evidenciar, **“el proceso de selección inicia con la Convocatoria y divulgación de la misma, y finaliza con el cumplimiento del periodo de prueba.”**

Siendo así, no es dable acreditar que ostentaba una situación jurídica consolidada o consumada bajo la vigencia de una ley anterior. Al contrario, resulta evidente manifestar que, como sigo con expectativa de un probable nombramiento en el cargo pluricitado, mi situación jurídica aún está a la espera de ser definida, **“ya sea con mi nombramiento en periodo de prueba para el cargo mencionado o con la perdida de vigencia de mi lista de elegibles”.**

Por lo tanto, dentro del concepto de **TRANSITO DE LEGISLACIÓN**, es necesario rogar al Honorable Juez Constitucional ampare mis derechos fundamentales y principios constitucionales invocados, ya que a la fecha me encuentro con una mera expectativa de nombramiento en periodo de prueba, dado a que no existe certeza absoluta de que las dos (2) personas que ocuparon los dos (2) primeros lugares dentro de mi lista de elegibles sean retirados del cargo y en consecuencia, ante dicha expectativa, ***“la jurisprudencia establece que la nueva ley se debe aplicar inmediatamente”***, ya que aún sigue en curso la vigencia de mi lista de elegibles **HASTA EL PROXIMO 04 DE DICIEMBRE DE 2020**, y a su vez, no cuento con un derecho adquirido que me vincule totalmente a la aplicación de una legislación derogada por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, como lo es el numeral cuarto del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

c. Por consiguiente, en lo que respecta a mi situación concreta:

En lo que mi situación evidencia, para la fecha del pasado 15 de mayo de 2019, cuando se produce la vacancia definitiva por renuncia de la titular en Carrera Administrativa, en el cargo no ofertado en la Convocatoria 426 de 2016 – ESE, mi perfil cumple con los requisitos establecidos en el artículo sexto de la ley 1960 de 2019, los cuales son:

“Formar parte de una lista de elegibles y

Que existan vacantes definitivas creadas con posterioridad a la convocatoria del concurso de la misma entidad.”

Por lo tanto, el artículo 6 y 7 de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 son aplicables a mi caso en concreto. Siendo así, es deber legal de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, y el SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., dar cumplimiento a estos preceptos normativos y, en consecuencia; debe, la primera, autorizar su uso, y la segunda, usar la lista de Elegibles conformada mediante la RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018 *“Por el cual se conforma y adopta la lista de Elegibles para proveer **dos (2) vacantes** del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado **Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 del Sistema General de carrera de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E.”*, para proveer la vacante definitiva que surgió el 15 de mayo de 2019, o en otra posterior, o en su defecto, en un cargo **EQUIVALENTE**, a efecto de garantizar mis derechos fundamentales y principios constitucionales invocados.

PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de mis Derechos Constitucionales solicito a este Despacho se sirva considerar el presente escrito de tutela en formato PDF, además, las siguientes pruebas:

A. MEDIO DIGITAL

1. RESOLUCION No. CNSC – 20182110170835 DEL 05-12-2018 *“Por el cual se conforma y adopta la lista de Elegibles para proveer **dos (2) vacantes** del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado **Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 del Sistema General de carrera de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E.”*
2. Mi derecho de petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019.
3. Respuesta del doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, representante legal del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., mediante su Radicado 2019GR100005661 de fecha: 05-08-2019.
4. Mi Recurso de Reposición con Radicado No. 2019GR100005661 de fecha: 05-08-2019.
5. Mi Recurso de Reposición con Radicado No. 2276 - 2 del 20 de agosto de 2019.

6. Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019 del Gerente del Sanatorio de Agua de Dios E.S.E.
7. Mi Recurso de Reposición Radicado No. 2276 - 2 del 20 de agosto de 2019.
8. RESOLUCIÓN No. 10.36.719 del 07 de octubre de 2019, '*Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la comunicación de radicado No. 2019GR10000S661 del 5 de agosto de 2019*', del Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ.
9. ACCION DE TUTELA en contra de las Entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, y el SANATORIO AGUA DE DIOS E.S.E., que por reparto corresponde al Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, con la Radicación No. 2019 – 0832.
10. Sentencia del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la Acción de Tutela No. 2019 – 0832, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y el SANATORIO AGUA DE DIOS E.S.E.
11. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCION PRIMERA. SUBSECCION B, fallo del 6 de febrero de 2020, que resolvió mi RECURSO DE INSISTENCIA.
12. Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019, del Gerente del Sanatorio de Agua de Dios E.S.E.

B. DE OFICIO

Solicitar a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, allegue con destino a este proceso, la siguiente prueba documental:

*“El reporte del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E., para el registro de la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) en el aplicativo SIMO, de **TODAS** las vacantes definitivas producidas por renuncia de los titulares en empleos de Carrera Administrativa, desde las reportadas para la Convocatoria 426 - ESE., hasta la fecha en que se radica esta acción constitucional.”*

COMPETENCIA

En razón del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991; el artículo 1, numeral 1 del Decreto 1382 de 2000, modificado por el Decreto 1983 de 2017, Artículo 1°. Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1., numeral 2 del Decreto 1069 de 2015, es competente Su Señoría para conocer en primera instancia de esta acción constitucional a prevención, teniendo en cuenta el lugar donde ha ocurrido la vulneración de mis derechos fundamentales, y porque está dirigida contra Entidades Públicas del Orden Nacional.

JURAMENTO

Para los efectos previstos en el Art. 37 del Decreto 2591 de 1991, manifiesto bajo la gravedad de juramento que si bien instauré una acción sobre los mismos hechos y derechos violados, que por reparto correspondió al Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, con posterioridad al fallo surge una circunstancia jurídica adicional que varía sustancialmente mi situación inicial, **“con el pronunciamiento en la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, respecto de la aplicabilidad del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo futuro”**; también, porque transcurridos casi nueve (9) meses, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, no me ha notificado personalmente al medio electrónico

autorizado su pronunciamiento real y de fondo sobre mi recurso de alzada o de segunda instancia.

ANEXOS

Copias digitales para Traslado y para Archivo de la presente Acción de Tutela y todos los documentos relacionados en el acápite de pruebas en su respectivo orden.

NOTIFICACIONES

ANA MARIA CELY INSIGNARES

Dirección: Carrera 53 B No. 5 – 11 del Barrio Galán de Bogotá D. C.

Correo electrónico: **annymacein1783@hotmail.com**

Celular: 313 536 53 68 - 311 476 68 36.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.

Dirección: Calle 16C No. 96-64 (Piso 7) Bogotá D.C.

Teléfono, (1) 3259700 y 019003311011 Fax 3259713

Correo electrónico: **atencionalciudadano@cncs.gov.co** y **notificacionesjudiciales@cncs.gov.co**

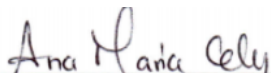
SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E.

Dirección: Carrera 9 No. 10 – 69 - Edificio Carrasquilla Barrio Centro / Municipio de Agua de Dios - Cundinamarca.

Teléfono, (1) 834 5000 Ext. 1101 Fax (57)8342677

Correo electrónico: **gerencia@sanatorioaguadedios.gov.co /**
www.sanatorioaguadedios.gov.co

Atentamente,



ANA MARIA CELY INSIGNARES

C. C. No. 39.582.061 de Girardot

Doctor:
FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ
Gerente Sanatorio Agua de Dios E. S. E.

ANA MARIA CELY INSIGNARES, mujer, mayor de edad, vecina y residente en la Ciudad de Bogotá D.C., acudo ante su despacho con el objeto de exponer de su conocimiento y consideración, los siguientes,

1. Hechos

- 1.1. La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), en desarrollo de la Ley 909 de 2004, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS. Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera convocatoria E. S. E.
- 1.2. A partir de la fecha, se inició el trámite tendiente a consolidar listas de elegibles de los empleos de la Oferta pública de empleos de Carrera – OPEC.
- 1.3. La CNSC expidió la Resolución No. 20182110170835 del 05 de Diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, dentro de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes existentes para el cargo denominado Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, número OPEC No. 30881.
- 1.4. Ocupó el tercer (3º) lugar en la lista de elegibles (Puntaje 62.76), toda vez que los dos primeros concursantes (BERTHA NELLY BOHORQUEZ MACIAS y JOSÉ GUILLERMO TRUJILLO MAYORGA) fueron nombrados y posesionados el 06 de febrero de 2019 por la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS.
- 1.5. Desde el 15 de mayo de 2019, existe una (1) vacante definitiva para el cargo de Auxiliar administrativo. Código 4044, Grado 12 dentro de la planta de la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, por renuncia de la titular FLOR MIREYA GONGORA MAHECHA.

La Ley 909 del 2004, señala en el literal d) del artículo 14 lo siguiente: **“Elaborar y aprobar el Plan Anual de Empleos Vacantes de acuerdo con los datos proporcionados por las diferentes entidades y dar traslado del mismo a la Comisión Nacional del Servicio Civil”.**

La Función Pública, apalancada en la Circular - DOCUMENTO OFICIAL - 8 No. 017 de 2017 proferida por el Procurador General de la Nación (Fernando Carrillo Flórez), hizo un llamado a los representantes legales de las entidades a cumplir y atender las obligaciones y consideraciones principalmente en materia de empleo público.

Para dar cumplimiento al envío de la información correspondiente, la Dirección de Empleo Público de Función Pública ha puesto a disposición de las entidades el Formulario Único de Reporte de Avance a la Gestión – FURAG, como un medio de recolección de las vacantes tanto del orden nacional como del orden territorial, que permite consolidar los datos para la elaboración del Plan Anual de Vacantes.

Toda vez que el empleo vacante desde el 15 de mayo de 2019, no ha sido provisto con empleados en provisionalidad o con personal de carrera administrativa en encargo, al respecto, la Sentencia C – 1175 de 2005 reconoció que en situaciones administrativas especiales antes de darse el encargo debe tenerse en cuenta a los empleados de carrera que cumplan los requisitos:

“6.6 Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente. En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación”.

Con el objeto de garantizar que sean los méritos los que sirvan de baremo objetivo para la provisión de la carrera administrativa, con fundamento en la Resolución No. 20182110170835 del 05 de Diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, considerando que el empleo vacante definitivamente es equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles donde me encuentro (3° lugar), y toda vez que cumplo con los requisitos del empleo a proveer; presento la siguiente:

2. Petición

- 2.1. Ruego me informe de las vacantes que existen en la Entidad para el mismo cargo o similares al que concursé.
- 2.2. Solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, que autorice el uso de listas de elegibles para que se permita proveer un (1) cargo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, que se encuentra vacante definitivamente desde el 15 de mayo de 2019, por renuncia aceptada y en firme a la titular FLOR MIREYA GONGORA MAHECHA; o en su defecto, que a través del Estudio Técnico de equivalencias en requisitos y funciones, en otro igual, similar o equivalente conforme a la definición del artículo 3 del Acuerdo 159 de 2011.

3. Precedente judicial.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-112ª del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, respecto de la autorización del uso de listas de elegibles, considera:

5. La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa

Esta Corporación en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que ***“las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”[9].*** Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que **obligan** tanto a los participantes como **a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas**[10] **y resultan inmodificables.** De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos

ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa. Negrilla y subraya fuera del texto.

En este sentido, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

3.4. La convocatoria es, entonces, "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada."

(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular. [11] (Subrayado fuera de texto).

Por otra parte, dentro de las convocatorias y como pauta del concurso, es posible que por parte del legislador o de la misma entidad convocante, se permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido esta corporación en distintos fallos.

El primero de ellos se presentó en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995[12], una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.[13] Negrilla y subraya fuera del texto.

(...).

6. Normas de carrera administrativa aplicables al caso concreto

Esta corporación ha expresado en distintas oportunidades que la carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el artículo 125 de la Carta política, es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio

público[15]. En este sentido, la carrera administrativa funge, entonces, como un principio y una garantía constitucional[16].

En desarrollo de este principio se han adoptado diferentes regulaciones que para el caso concreto se traducen en primer lugar en la Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". De conformidad con lo preceptuado en el artículo 11, literal e) de dicha normatividad la CNSC debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia.

La misma norma en el literal f) contempla también dentro de las funciones de administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil la de "f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior."

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 (abril 21), en su artículo 7° establecía, antes de su reforma por el Decreto 1894 de 2012, la forma en que debía hacerse la provisión definitiva de los empleos de carrera:

"7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. 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.

7.3. 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.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general. (subrayado fuera de texto)

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil. (subrayado fuera de texto)

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad."

Ahora bien, el artículo 8 del mismo Decreto 1227 de 2005 indica que "Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera.". A su vez el párrafo transitorio del citado artículo

señala que La CNSC podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique con base en razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por estricta necesidad del servicio. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Sin embargo, la misma norma prevé que *“el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada”*. [17] Negrilla y subraya fuera del texto.

Por su parte, el artículo 33 antes de ser modificado por el Decreto 1894 de 2012, establecía el deber de *“utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel.”* [18] (Subrayado fuera de texto).

En desarrollo de esta reglamentación, se expidió Acuerdo 159 de 2011 (Mayo 10), de la CNSC *“Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004”*. En este Acuerdo se hace referencia en el capítulo I del Título II a la conformación y uso de las listas de elegibles. Concretamente el artículo 11 preceptúa:

“Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente, producto de la Convocatoria, la CNSC autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del presente Acuerdo.”

En cuanto al Banco Nacional de Listas de Elegibles, el citado acuerdo, en el artículo 20, indica que se conforma de:

1. Listas de elegibles de la entidad: son las listas de elegibles conformadas dentro del proceso de selección, para la provisión de empleos de carrera de una entidad en particular.
2. Listas generales de elegibles: Se trata de la agrupación de las listas de elegibles en firme y vigentes, conformadas dentro de la convocatoria para los empleos objeto del concurso, organizadas en orden de mérito y acorde a los parámetros establecidos en cada convocatoria.

Para el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, preceptúa el artículo 22 ídem:

“Artículo 22. Uso de listas de elegibles de la entidad. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la Comisión Nacional del Servicio Civil verifique que se agotó el quinto orden de provisión establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, la CNSC, aplicando la definición de empleo equivalente establecida en el numeral 8°, artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar.”

Para la provisión de vacantes definitivas, la CNSC debe verificar si dentro de las listas de elegibles conformadas para la entidad solicitante existe alguna conformada para empleos iguales o equivalentes. En caso de que existan listas de elegibles para empleos equivalentes en la misma entidad, la CNSC utiliza dicha lista en estricto orden de mérito; en caso contrario, aprueba el uso de las listas generales de elegibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 ídem: Negrilla y subraya fuera del texto.

"Artículo 23. Uso de listas generales de elegibles. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la CNSC verifique que con la aplicación del criterio establecido en el artículo anterior no fue posible realizarla, se procederá al uso de las listas generales de elegibles, a través del mecanismo de postulaciones.

Parágrafo. El uso de listas generales de elegibles se realizará de manera exclusiva por el mecanismo de postulaciones, salvo que pueda proveerse con algunos de los numerales que anteceden en el orden de provisión establecido por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005" Negrilla y subrayas fuera del texto.

El mecanismo de postulación al que hace referencia la norma, se utiliza para el uso de las listas generales que conforman el Banco Nacional de Listas de Elegibles, el cual permite a un elegible manifestar su interés de ser nombrado en un empleo diferente al que concursó. Negrilla y subraya fuera del texto.

En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC, para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo. Negrilla y subraya fuera del texto.

Ahora bien, es oportuno señalar que en el año 2012 se expidió el Decreto 1894 que modificó la normativa reseñada en cuanto eliminó los órdenes de provisión contenidos en los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005[19]. Igualmente modificó el artículo 33 de dicho decreto eliminando la posibilidad de que la respectiva entidad utilizara las listas de elegibles para proveer vacantes en el mismo empleo o en empleos equivalentes. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la nueva norma debe seguir la consideración general de que las pautas de la convocatoria son inmodificables, obligando a la entidad convocante y a quienes participan sin que puedan verse variadas porque de lo contrario esto conduciría a vulnerar la confianza legítima y el principio de buena fe. Subraya fuera del texto.

Así, visto en conjunto la normativa aplicable al concurso en el que la accionante participó, se desprende la evidente posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer empleos de carrera administrativa iguales o equivalentes al que participó que se encuentren vacantes definitivamente. Subraya fuera del texto.

(...).

Finalmente, la misma Corte considera:

8.2. En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es

un deber y no una facultad del nominador, por lo tanto la administración deberá solicitar la respectiva autorización de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva.

Tal como se ha expuesto en el apartado 5 de los considerandos, a partir de la Sentencia C-319 de 2010, "la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad", ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo.

4. Pruebas

Documental:

CNSC. Resolución No. 20182110170835 del 05 de Diciembre de 2018 para la E. S. É. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, dentro de la cual se conformó la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes existentes para el cargo denominado Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, número OPEC No. 30881.

5. Notificaciones.

Me notificaré personalmente de la providencia que atienda y resuelva mi petición, en la Carrera 53 B No. 5 – 11 del Barrio San Rafael - Galán de Bogotá D. C. Celular 311 476 68 36 / 300 771 43 60. Correo electrónico annymacein1783@hotmail.com

Atentamente,



ANA MARIA CELY INSIGNARES
C. C. N° 39.582.061 de Girardot

"Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 12, del Sistema General de Carrera de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 - Primera Convocatoria E.S.E."

Mediante Acuerdo No. 555 del 10 de septiembre de 2015 se dispuso que es función de los Despachos de los Comisionados proferir los actos administrativos mediante los cuales se conforman y adoptan las Listas de Elegibles, para garantizar la correcta aplicación del mérito, durante los procesos de selección, de conformidad con los asuntos y competencias asignadas por la Sala a cada Despacho.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera denominado **Auxiliar Administrativo, Grado 12, Código 4044**, de la **E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, ofertado a través de la Convocatoria N° 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 30881, así:

Posición	Tipo Documento	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	51851721	BERTHA NELLY	BOHORQUEZ MACIAS	75,61 /
2	CC	1070609141	JOSE GUILLERMO	TRUJILLO MAYORGA	65,64 /
3	CC	39582061	ANA MARIA	CELY INSIGNARES	62,76 /
4	CC	1072189048	LEIDY JAZMIN	RAMIREZ OLIVEROS	62,09 /
5	CC	1106898677	CRISTIAN ANDRES	MARTINEZ MARTINEZ	56,40 /

ARTÍCULO SEGUNDO.- Los aspirantes que sean nombrados con base en la Lista de Elegibles de que trata la presente Resolución, deberán cumplir con los requisitos exigidos para el empleo, de acuerdo con lo establecido en la Convocatoria No. 426 de 2016 - Primera Convocatoria E.S.E., los cuales serán acreditados al momento de tomar posesión del mismo.

PARÁGRAFO: Corresponde al Nominador, antes de efectuar el nombramiento o dar posesión, verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades de las personas designadas para el desempeño de los empleos³.

ARTÍCULO TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Ley No. 760 de 2005, dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la Lista de Elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso, podrá solicitar a la CNSC la exclusión de la Lista de Elegibles de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos:

- Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la Convocatoria.
- Aportó documentos falsos o adulterados para su inscripción.
- No superó las pruebas del concurso.
- Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el concurso.
- Conoció con anticipación las pruebas aplicadas.
- Realizó acciones para cometer fraude en el concurso.

PARÁGRAFO: Cuando la Comisión de Personal encuentre que se configura alguna de las causales descritas en el presente artículo, deberá motivar la solicitud de exclusión, misma que presentará dentro del término estipulado, exclusivamente a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad -SIMO-.

ARTÍCULO CUARTO.- En virtud del artículo 15 del Decreto Ley 760 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil, de oficio o a petición de parte, podrá excluir de la Lista de Elegibles al participante en el

³ Artículos Nos. 2.2.5.4.2, 2.2.5.7.4 y 2.2.5.7.6 del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 648 de 2017, en concordancia con los artículos 4° y 5° de la Ley 180 de 1995.

"Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 30881, denominado Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 12, del Sistema General de Carrera de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E."

concurso o proceso de selección, cuando compruebe que su inclusión obedeció a error aritmético; también podrá ser modificada por la misma autoridad, adicionándola con una o más personas, o reubicándola cuando compruebe que hubo error, casos para los cuales se expedirá el respectivo acto administrativo modificatorio.

ARTÍCULO QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la Lista de Elegibles quede en firme, con base en los resultados del proceso de selección y en estricto orden de mérito, deberá producirse por parte del Nominador de la entidad, el nombramiento en período de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas.

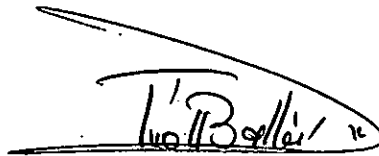
ARTÍCULO SEXTO.- La Lista de Elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No. 20161000001276 de 2016, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

ARTÍCULO SÉPTIMO.- Publicar el presente Acto Administrativo en el sitio web de la Comisión Nacional del Servicio Civil www.cnsc.gov.co, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 33 de la Ley 909 de 2004.

ARTÍCULO OCTAVO.- La presente Resolución rige a partir de la fecha de su firmeza y contra ella no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 760 de 2005.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. el 5 de diciembre de 2018 /



FRÍDOLE BALLÉN DUQUE
Comisionado

Elaboró: Ruth Melissa Mattos
Revisó: Clara Cecilia Perdo Ibagón
Virma Esperanza Castellanos



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No. 2019GR100005661
Fecha: 05-08-2019

Agua de Dios.

Señora:

ANA CELY INSGINARES

Carrera 53 B No 5 11 del Barrio San Rafael Galán
Bogotá D.C.

Dirección electrónica annymacein1783@hotmail.com

Asunto: Respuesta a Petición de Información. Radicado No 16792

Respetada Señora Ana:

En atención a su solicitud de información realizada el día 18 de junio de 2019, radicada internamente con el No 1679 -2, referida al reporte del número de vacantes que existan en la entidad para el cargo de Auxiliar administrativo Código 4044 Grado 12 o similares, así como la gestión que solicita se realice ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para que autorice uso de lista de elegibles, comedidamente nos permitimos dar respuesta en los siguientes términos:

1. **El número de vacantes de cargo Auxiliar Administrativo 4044 12.** Actualmente la entidad tiene una vacante en el empleo con el código y grado referidos por usted, el cual no hizo parte de la OPEC que se llevó a la convocatoria No 426 de 2016, dado que para la fecha era desempeñado por personal con derechos de carrera.
2. **Gestión ante la CNSC para autorización uso de Lista de elegibles.** El día 05 de junio de 2019, ante la existencia de una vacante de Auxiliar Administrativo 4044 12, se hizo la consulta a la Comisión Nacional del Servicio Civil a cerca de la obligatoriedad del uso de lista de elegibles para proveer el empleo en particular, que no hizo parte de la OPEC reportada para la Convocatoria No 426 de 2016, cuya respuesta recibimos el día 9 de julio de 2019.
3. **Obligatoriedad de nombramiento en vacante definitiva en virtud de lista de elegibles en cargos diferentes a los de la OPEC.** En relación con la información que reporta en fundamento a su consideración de obligatoriedad de aplicación de lista de elegibles para proveer cargos con condiciones iguales o similares al empleo que fue convocado a concurso de méritos, nos permitimos precisar que mediante Resolución N°. CNSC -20182110170835 del 05-12-2018 por la cual se conformó la lista de elegibles para el empleo de Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 12,

Página 1 de 2'

..... Por una humanidad protegida y sin Lepra

Doctor:

FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ
Gerente SANATORIO DE AGUA DE DIOS E. S. E.
Carrera 9 No. 10 – 69 (2° piso) / Edificio Carrasquilla
Agua de Dios - Cundinamarca

Oportuna y legalmente interpongo Recurso de Reposición en contra de su acto administrativo con Radicado No. 2019GR100005661 de fecha: 05-08-2019, por medio de la cual niega mi petición con Radicado No. 16792 de fecha: 18-06-2019.

Las razones de mi inconformidad, son las siguientes:

Por dilación injustificada y ostensible, declaro que durante el término perentorio de los quince (15) días hábiles (19, 20, 21, 25, 26, 27, 28 de Junio, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10 y 11 de Julio de 2019) transcurridos desde mi petición, no la atiende; tampoco, la resuelve.

A su acto administrativo recurrido me permito manifestar:

- Considerando que al numeral 1, me indica: ***“El número de vacantes de cargo Auxiliar Administrativo 4044 – 12. Actualmente la entidad tiene una vacante en el empleo con el código y grado referidos por usted, el cual no hizo parte de la OPEC, que se llevó a la convocatoria No. 426 de 2016, dado que para la fecha era desempeñado por personal con derechos de carrera”***, manifiesto:

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, en la Circular No. 004 de fecha: 12 de Agosto de 2015, dispone:

2. Las entidades cargarán la OPEC, (...). En este reporte incluirán de manera detallada todos los empleos de Carrera Administrativa que se encuentran en vacancia definitiva y (...). Negrilla y subraya son mías.

Posteriormente, en la Circular No. 20191000000057 de fecha: 22-09-2016, dispone:

3. Suministrar a la CNSC la información de vacantes definitivas de empleos de carrera para la conformación de la Oferta Pública de Empleos de carrera, en adelante OPEC, a través del aplicativo SIMO, (...).

La OPEC deberá reportarse o actualizarse, según el caso, a más tardar el 30 de noviembre de 2016. El reporte debe ser veraz, acorde con el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales y mantenerse actualizado cada vez que se genere una vacante definitiva. Negrilla y subraya son mías.

Para dar inicio al registro de la OPEC, el Jefe de Talento Humano o quien haga sus veces, es designado por CNSC como “administrador” y este a su vez será el encargado de crear usuarios adicionales que se denominarán cargadores.

De lo anterior se infiere que, al 30 de noviembre de 2016, el Jefe de Talento Humano o quien haga sus veces, designado por CNSC como “administrador”, debía reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, todos los Empleos Públicos de carrera, y al 25 de mayo de 2019, debía mantener la OPEC actualizada cada vez que se genere una vacante definitiva.

- Considerando que al numeral 2, me indica: ***“Gestión ante la CNSC para autorización uso de Lista de elegibles. El día 05 de junio de 2019, ante la existencia de una vacante – subraya es mía - de auxiliar Administrativo 4044 – 12, se hizo la consulta a la Comisión Nacional del Servicio Civil a cerca de la obligatoriedad del uso de lista de elegibles para proveer el empleo en particular, que no hizo parte de la OPEC reportada para la Convocatoria No. 426 de 2016, cuya respuesta recibimos el día 09 de Julio de 2019”, le manifiesto:***

Toda vez que el empleo en vacancia definitiva al que hace referencia, hasta la fecha de mi petición el 18 de junio de 2019, no había sido provisto con empleados en provisionalidad o con personal de carrera administrativa en encargo, manifiesto que la Corte Constitucional en la Sentencia C 1175 de 2005 - “Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional de Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones”. Expediente D-5781. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, respecto de los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera administrativa, al declarar EXEQUIBLE el Artículo 44¹ de la Ley 760 de 2005 – vigente -, en sus CONSIDERACIONES al numeral 6. Cargos contra el artículo 44 del Decreto 760 de 2005. Nombramientos en encargos y en provisionalidad. Literal 6.6, dispone:

“Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente. En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación.” Negrilla y subraya son mías.

Respecto de la vacante definitiva, la Ley 909 del 2004, señala en el literal d) del artículo 14 lo siguiente: **“Elaborar y aprobar el Plan Anual de Empleos Vacantes**

¹ **ARTÍCULO 44.** Cuando por razones de estricta necesidad para evitar afectación en la prestación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud sustentada del Jefe del Organismo o entidad, podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso, en las vacancias temporales generados por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional.

de acuerdo con los datos proporcionados por las diferentes entidades y dar traslado del mismo a la Comisión Nacional del Servicio Civil".

Para dar cumplimiento al envío de la citada información, la Dirección de Empleo Público de Función Pública ha puesto a disposición de las entidades el Formulario Único de Reporte de Avance a la Gestión – FURAG, como un medio de recolección de las vacantes tanto del Orden Nacional como del orden territorial, que permite consolidar los datos para la elaboración del **Plan Anual de Vacantes**.

Con el objeto de garantizar que sean los méritos los que sirvan para la provisión de la carrera administrativa, la Corte Constitucional en la Sentencia T-112 del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, respecto de la autorización del uso de listas de elegibles, considera:

5. La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa

Esta Corporación en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que *"las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, **son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme**"*[9]. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que **obligan** tanto a los participantes como **a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas**[10] **y resultan inmodificables**. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa. Negrilla y subraya fuera del texto.

En este sentido, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

3.4. La convocatoria es, entonces, "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección

de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.”

(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.” [11] (Subrayado fuera de texto).

Por otra parte, dentro de las convocatorias y como pauta del concurso, es posible que por parte del legislador o de la misma entidad convocante, se permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido esta corporación en distintos fallos.

El primero de ellos se presentó en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995[12], una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.[13] Negrilla y subraya fuera del texto.

(...).

6. Normas de carrera administrativa aplicables al caso concreto

Esta corporación ha expresado en distintas oportunidades que la carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el artículo 125 de la Carta política, es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público[15]. En este sentido, la carrera administrativa funge, entonces, como un principio y una garantía constitucional[16].

En desarrollo de este principio se han adoptado diferentes regulaciones que para el caso concreto se traducen en primer lugar en la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 11, literal e) de dicha normatividad la CNSC debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia.

La misma norma en el literal f) contempla también dentro de las funciones de administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil la de "f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior."

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 (abril 21), en su artículo 7° establecía, antes de su reforma por el Decreto 1894 de 2012, la forma en que debía hacerse la provisión definitiva de los empleos de carrera:

"7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. 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.

7.3. 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.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general. (Subrayado fuera de texto)

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Subrayado fuera de texto)

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad."

Ahora bien, el artículo 8 del mismo Decreto 1227 de 2005 indica que "Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera.". A su vez el párrafo transitorio del citado artículo señala que La CNSC podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique con base en razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por estricta necesidad del servicio. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Sin embargo, la misma norma prevé que “el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada”. [17] Negrilla y subraya fuera del texto.

Por su parte, el artículo 33 antes de ser modificado por el Decreto 1894 de 2012, establecía el deber de “utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel.” [18] (Subrayado fuera de texto).

(...)

En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC, **para una entidad que reporte una vacancia definitiva**, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias. Negrilla y subraya fuera del texto.

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la Sentencia C-319 de 2010, **la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad**, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo. Negrilla y subraya fuera del texto.

Ahora bien, es oportuno señalar que en el año 2012 se expidió el Decreto 1894 que modificó la normativa reseñada en cuanto eliminó los órdenes de provisión contenidos en los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005 [19]. Igualmente modificó el artículo 33 de dicho decreto eliminando la posibilidad de que la respectiva entidad utilizara las listas de elegibles para proveer vacantes en el mismo empleo o en empleos equivalentes. **Sin embargo, el ámbito de aplicación de la nueva norma debe seguir la consideración general de que las pautas de la convocatoria son inmodificables, obligando a la entidad convocante y a quienes participan sin que puedan verse variadas porque de lo contrario esto conduciría a vulnerar la confianza legítima y el principio de buena fe.** Subraya fuera del texto.

Así, visto en conjunto la normativa aplicable al concurso en el que la accionante participó, se desprende la evidente posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer empleos de carrera administrativa iguales o equivalentes al que participó **que se encuentren vacantes definitivamente.** Subraya fuera del texto.

(...).

- Considerando que al numeral 3, me indica: “***Obligatoriedad de nombramiento en vacante definitiva en virtud de lista de elegibles en***

cargos diferentes a los de la OPEC. En relación con la información que reporta en fundamento a su consideración de obligatoriedad de aplicación de lista de elegibles para proveer cargos con condiciones iguales o similares al empleo que fue convocado a concurso de méritos, nos permitimos precisar que mediante **Resolución N° CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018** por la cual se conforma la lista de elegibles para el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, indica literalmente en su artículo 1°.” **Conformar la lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera administrativa Auxiliar Administrativo. Grado 12. Código 4044 de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 30881”, de lo cual en el marco de la presunción de legalidad de los actos administrativos, la lista de elegibles allí contenida, solo me es obligatoria para proveer el número de vacantes ofertadas por el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 en la Convocatoria No. 426 de 2016”** – negrilla y subraya son mías -, manifiesto:

La Corte Constitucional en la Sentencia T-112 del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, respecto de la autorización del uso de listas de elegibles, considera:

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

(...)

En el Acuerdo 159 de 2011 (Mayo 10), de la CNSC “*Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004*”, se hace referencia en el capítulo I del Título II a la conformación y uso de las listas de elegibles. Concretamente el artículo 11 preceptúa:

“Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente, producto de la Convocatoria, la CNSC autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del presente Acuerdo.”
Negrilla y subraya son mías.

En cuanto al Banco Nacional de Listas de Elegibles, el citado acuerdo, en el artículo 20, indica que se conforma de:

1. **Listas de elegibles de la entidad:** son las listas de elegibles conformadas dentro del proceso de selección, para la provisión de empleos de carrera de una entidad en particular.

2. **Listas generales de elegibles:** Se trata de la agrupación de las listas de elegibles en firme y vigentes, conformadas dentro de la convocatoria para los empleos objeto del concurso, organizadas en orden de mérito y acorde a los parámetros establecidos en cada convocatoria.

Para el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, preceptúa el artículo 22 ídem:

“Artículo 22. Uso de listas de elegibles de la entidad. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la Comisión Nacional del Servicio Civil verifique que se agotó el quinto orden de provisión establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, la CNSC, aplicando la definición de empleo equivalente establecida en el numeral 8°, artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar.”

Para la provisión de **vacantes definitivas**, la CNSC **debe verificar si dentro de las listas de elegibles conformadas para la entidad solicitante existe alguna conformada para empleos iguales o equivalentes**. En caso de que existan listas de elegibles para empleos equivalentes en la misma entidad, la CNSC utiliza dicha lista en estricto orden de mérito; **en caso contrario, aprueba el uso de las listas generales de elegibles**, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 ídem: Negrilla y subraya fuera del texto.

“Artículo 23. Uso de listas generales de elegibles. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la CNSC verifique que con la aplicación del criterio establecido en el artículo anterior no fue posible realizarla, se procederá al uso de las listas generales de elegibles, a través del mecanismo de postulaciones.

*Parágrafo. El uso de listas generales de elegibles se realizará de manera exclusiva por el **mecanismo de postulaciones**, salvo que pueda proveerse con algunos de los numerales que anteceden en el orden de provisión establecido por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005”*Negrilla y subrayas fuera del texto.

El mecanismo de postulación al que hace referencia la norma, se utiliza para el uso de las listas generales que conforman el Banco Nacional de Listas de Elegibles, el cual permite a un elegible manifestar su interés de ser nombrado en un empleo diferente al que concursó. Negrilla y subraya fuera del texto.

La misma Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), desde mucho tiempo antes a la fecha de convocatoria (No. 426 de 2016) para conformar la lista de elegibles (Resolución No. 20182110170835 del 05 de Diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS), mediante la **CIRCULAR CNSC 005 de fecha: 23 de Julio de 2012**, ya instruía que en todo caso, **previo a proveer por encargo una vacante definitiva de un empleo de carrera, la entidad deberá solicitar sin excepción la respectiva autorización** ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual debe cumplir los siguientes requisitos para ser otorgada:

- a) **Solicitud de autorización** suscrita y firmada por el Representante Legal de la entidad o quien tenga delegada dicha función, caso en el cual deberá remitir copia del acto administrativo de delegación;
- b) La solicitud deberá contener la manifestación de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1º del Decreto 4968 del 7 de diciembre de 2007;
- c) Indicar el número de empleos a proveer, así como la manifestación clara y expresa de la denominación, código y grado, conforme a lo dispuesto en los Decretos 785 de 2005 y 2489 de 2006;
- d) **Indicar si el empleo fue reportado a la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC**, señalando su código de identificación;
- e) Certificación suscrita por el Representante Legal de la entidad, mediante la cual manifieste que se agotó el procedimiento establecido en el numeral 2.1.1 de la presente circular y que el servidor público con derechos de carrera cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004;
- f) Certificación suscrita por el Representante Legal de la entidad, mediante la cual manifieste que el empleo para el que se solicita autorización se encuentra en **vacancia definitiva** y que no está siendo desempeñado por servidor alguno;
- g) En caso de requerir prórroga para la provisión mediante encargo, la solicitud deberá presentarse a la CNSC, con mínimo un (1) mes de antelación.

También, el citado Decreto 1083 de 2015, en el Artículo 2.2.5.3.1. **Provisión de las vacancias definitivas**. Inciso segundo, literalmente dispone:

"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." Negrilla y subrayas son mías.

Respecto de los nombramientos y posesiones en provisionalidad **posteriores** al 27 de Junio de 2019, la Ley 1960 de 2019, en el Artículo 1(modifica el artículo 24 de la Ley 909 de 2004). PARÁGRAFO 2, literalmente dispone:

"Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique." Negrilla y subraya son mías.

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 mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

En la Resolución No. 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, me encuentro en el tercer (3°) lugar, y cumplo con los requisitos del empleo a proveer que estaba vacante a la fecha de mi petición.

Respecto de que la CNSC no tiene injerencia frente a la autorización de nombramientos en encargo o provisionalidad, y que **“la provisión de la vacancia definitiva queda en cabeza de los respectivos entes públicos”**, es importante indicar que en la citada sentencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00795-00(2566-12), del 05 de Mayo de 2014, dentro de las consideraciones que tuvo para declarar la **“suspensión provisional”** de los apartes acusados del artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, dispuso:

“(…), ADEMÁS DE ESTABLECER QUE LA PRÓRROGA DE LOS ENCARGOS TIENEN POR LEY UN TÉRMINO PERENTORIO DE 6 MESES, tal como lo expuso por la SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO, en la sentencia de 12 de abril de 2012, proferida dentro del proceso (9336-2005), de otra parte advierte que dentro de las facultades conferidas a la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, “ESTA NO PUEDE EXCEDER LO DISPUESTO EN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY” y, finalmente, destaca que “NO ES POSIBLE QUE SO PRETEXTO DE EJERCER SUS FUNCIONES DE ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA SE ATRIBUYA LA FACULTAD DE INMISCUIRSE EN TEMAS REGULADOS ESPECÍFICAMENTE POR LA NORMATIVA ESPECIAL, ADICIONANDO LOS PROCEDIMIENTOS PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DE LOS ENCARGOS Y SU PRÓRROGA, ASÍ COMO LA DELEGAR LA FACULTAD NOMINADORA EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS.” – Mayúscula, negrilla, subraya son mías–

De lo anterior – FALLO y AUTO -, se deduce que **NO ES POSIBLE** que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, **se atribuya** la facultad de **delegar al nominador en las entidades públicas**, para que pueda extender los encargos en los cargos de carrera administrativa como erróneamente lo sustenta el aquí accionado en sus actos administrativos recurridos y confirmados.

A su manifestación final: “Así las cosas, el Sanatorio de Agua de Dios – Empresa Social del Estado no se encuentra obligada a hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución N° CNSC - 20182110170835 del 05-12-2018 para proveer cargo del cual hace mención en su solicitud, dado que no hizo parte de la OPEC en la Convocatoria No. 426 de 2016”, le indico:

La Corte Constitucional en la Sentencia C-319 de 2010, considera

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

De lo anterior, se infiere razonablemente que a partir de la Sentencia C-319 de 2010, **“la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad”**, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo.

Respecto de si las sentencias de la Corte Constitucional son fuente **obligatoria** para las autoridades – *art. 230 inciso 1° C.P.* - o un criterio auxiliar – *art. 230 inciso 2°* -, sostuvo:

*“Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que **tal sentencia es fuente obligatoria.** Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice: **Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares**”.* Negrilla y subraya fuera de texto.

En la Sentencia C-539 de 2011. Referencia: expediente D-8351 Magistrado Ponente: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, dispuso:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial

dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. (...) Negrilla y subraya fuera del texto.

La misma Corte en la Sentencia No. C-069/95 Expediente D-699. M.P. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, al DECLARAR EXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), advierte expresamente de la observancia que debe darse al mandato constitucional contenido en el artículo 4°, según el cual "**La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales**".


El inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y "**SON DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO PARA TODAS LAS AUTORIDADES Y LOS PARTICULARES**".

Corolario de todo el precedente judicial y normativa legal citada, es que en cualquier caso "**prevalecerá la obligación de provisión definitiva sobre la transitoria.**"

En consecuencia, con fundamento en el precedente judicial (Sentencia C 1175 de 2005; Sentencia C-319 de 2010; Sentencia T-112 de 2014), norma legal (artículo 44 del Decreto 760 de 2005; Decreto 1083 de 2015. Artículo 2.2.5.3.1. **Provisión de las vacancias definitivas**. Inciso segundo), y acto administrativo (Resolución No. 20182110170835 del 05 de Diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC), solicito **REPONGA** su decisión, y en su lugar, acceda favorablemente a mi petición con Radicado No. 16792 de fecha: 18-06-2019.

Me notificaré personalmente de la providencia que atienda y resuelva mi petición, en la Carrera 53 B No. 5 – 11 del Barrio San Rafael - Galán de Bogotá D. C. Correo electrónico: annymacein1783@hotmail.com / Celular 311 476 68 36 / 300 771 43 60.

Atentamente,


ANA MARIA CELY INSIGNARES
C. C. N° 39.582.061 de Girardot



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. 2019GR100009591

Fecha: 17-10-2019

Agua de Dios.

Señora:

ANA CELY INSGINARES

Carrera 53 B No 5 11 del Barrio San Rafael Galán

Bogotá D.C.

Dirección electrónica anymacein1783@hotmail.com

Asunto: Citación para notificación personal de la **Resolución No 10.36.719** de 2019

Respetada Señora Ana:

En cumplimiento del artículo 67 y ss de la Ley 1437 de 2011 nos permitimos citarlo para que comparezca dentro de los siguientes cinco (5) días hábiles al recibo de la presente comunicación, con el fin de ser notificado del contenido de la **Resolución No 10.36.719 del 07 de Octubre de 2019, "Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la comunicación de radicado N° 2019GR100005661 del 5 de agosto de 2019"**.

Si transcurridos los cinco días hábiles siguientes al recibo de la presente comunicación, no se hace presente para efectuar la notificación personal, la misma se surtirá mediante aviso, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011

Cordialmente,


FENANDO ARTURO TORRES JIMENEZ
Gerente

Proyectó. Ruby Milena Arcia – Asesora jurídica



RESOLUCIÓN No. 10.38.719 DE 2019

(Octubre 07)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la comunicación de radicado No 2019GR100005661 del 5 de agosto de 2019"

El Gerente del Sanatorio de Agua de Dios E.S.E. en uso de sus atribuciones constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el artículo 20 del Decreto 3040 de 1997 y

CONSIDERANDO

Que el día 18 de junio de 2019, la señora ANA MARIA CELY INSIGNARES, mediante oficio de radicado interno No 1679 2, presentó derecho de petición con el cual solicitaba información sobre el número de vacantes definitivas en el Sanatorio de Agua de Dios ESE, la gestión realizada por la entidad ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para el uso de lista de elegibles y obligatoriedad del nombramiento en vacante definitiva usando lista de elegibles de cargos diferentes de la OPEC.

Que, dada la solicitud de la petionaria, se dio respuesta mediante oficio de radicado No. 2019GR100005661 del 5 de agosto de 2019, precisando lo siguiente al respecto de los cuestionamientos realizados:

1. **El número de vacantes de cargo Auxiliar Administrativo 4044 12.** Actualmente la entidad tiene una vacante en el empleo con el código y grado referidos por usted, el cual no hizo parte de la OPEC que se llevó a la convocatoria No 426 de 2016, dado que para la fecha era desempeñado por personal con derechos de carrera.

2. **Gestión ante la CNSC para autorización uso de Lista de elegibles.** El día 05 de junio de 2019, ante la existencia de una vacante de Auxiliar Administrativo 4044 12, se hizo la consulta a la Comisión Nacional del Servicio Civil a cerca de la obligatoriedad del uso de lista de elegibles para proveer el empleo en particular, que no hizo parte de la OPEC reportada para la Convocatoria No 426 de 2016, cuya respuesta recibimos el día 9 de julio de 2019.

3. **Obligatoriedad de nombramiento en vacante definitiva en virtud de lista de elegibles en cargos diferentes a los de la OPEC.** En relación con la información que reporta en fundamento a su consideración de obligatoriedad de aplicación de lista de elegibles para proveer cargos con condiciones iguales o similares al empleo que fue convocado a concurso de méritos, nos permitimos precisar que mediante Resolución No CNSC-20182110170835 del 05-12-2018 por la cual se conformó la lista de elegibles para el empleo de Auxiliar Administrativo 4044 12, indica en su artículo 1 que "Conformar la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera denominado Auxiliar Administrativo, Grado 12, Código 4044, de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ofertado a través de la convocatoria No. 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 30881", de lo cual en el marco de la presunción de legalidad de los actos administrativos, la lista de elegibles allí contenida, sólo me es obligatoria para proveer número de vacantes ofertadas por el empleo de Auxiliar Administrativo 4044 12 en la Convocatoria No 426 de 2016.

En el mismo sentido de la interpretación antes expuesta acerca de la aplicabilidad de la lista de elegibles, obtuvimos un concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil del día 4 de julio de 2019, ante la consulta en el contexto de la necesidad de proveer un cargo en vacancia definitiva que no estuvo en la OPEC de la Convocatoria 416 de 2016, y esto fue lo precisado por el Director de Administración de Carrera Administrativa:

"Actuando por el bienestar de nuestros usuarios y sus familias"

Hoja No. 2

Ahora bien en atención a su consulta el Decreto 1083 de 2015, especifica en el primer párrafo del artículo 2.2.5.3.2 que las listas de elegibles solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específicas las vacantes de los empleos que inicialmente fueron objeto de concurso de méritos (..)

(..) De otra parte, y en atención de la consulta relacionada frente a la provisión de la vacancia definitiva por medio de nombramiento provisional, el Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sala segunda – sub sección B, mediante auto del 5 de mayo de 2014 expediente No 11001032500020120079500 resolvió lo siguiente: declárese la suspensión provisional de los apartes del artículo 1 del decreto 4968 de 2005, (..) la Comisión en la actualidad no tiene inferencia frente a la autorización de nombramientos en encargo o provisionalidad en las entidades destinatarias de la Ley 909 de 2004, tales decisiones quedan en cabeza de los respectivos antes público.
(..).

Que mediante oficio de radicado interno No 2276 2, la señora ANA MARIA CELY INSIGNARES, presentó recurso de reposición contra la respuesta de este Despacho, emitida con radicado No 2019GR100005661, aduciendo su inconformidad con la negación de su petición; y por el contrario solicita su reintegro a la planta de cargos de la entidad, invocando apartes de la sentencia T 112 del 3 de marzo de 2014, el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, vulneración al principio de confianza legítima y buena fe al no seguir las pautas de la convocatoria que son inmodificables, el artículo 11 del Acuerdo 159 de mayo 10 del 2011, los artículos 11, 22 y 23 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 1 y 6 de la Ley 1960 de 2019 y las sentencias C 319 de 2010.

FUNDAMENTO LEGAL DEL RECURSO

La señora ANA MARIA CELY INSIGNARES, argumenta su solicitud de revocatoria de la respuesta que le fue dada mediante oficio No 2019GR100005661, en el precedente judicial contenido en No C 1175 de 2005, C 319 de 2010, T 112 de 2014, así como en las siguientes disposiciones normativas: artículo 44 del Decreto 760 de 2005, artículo 2.2.5.3.1. del Decreto 1083 de 2015.

EN CUANTO A LA ADMISION DEL RECURSO

El artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, establece lo siguiente:

Artículo 74. Recurso contra los actos administrativos. Por regla general contra los actos administrativos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.
(..):

Artículo 75. Oportunidad y presentación del recurso. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, (..).

En cuanto a los requisitos que debe reunir el artículo 77 de la Ley ibidem, establece lo siguiente:

"Actuando por el bienestar de nuestros usuarios y sus familias"

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.
2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.
4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

Respecto a la admisibilidad del recurso de la señora CELY INSIGNARES, se encuentra lo siguiente

Una vez descrito lo anterior y confrontado con normativa relacionada, se evidencia que el recurso interpuesto y objeto de examen cumple con los requisitos legales, por lo que este despacho siendo competente para pronunciarse sobre el asunto a continuación surte el trámite que le corresponde.

A LOS ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

La recurrente invoca varias sentencias del Honorable Tribunal Constitucional Colombiano y de disposiciones normativas para efectos de solicitar a la administración que revoque su respuesta ante la información contenida en oficio 2019GR100005661, lo que lleva a este Despacho pronunciarse a la aplicabilidad de las mismas en el caso sub examine, hasta hacer énfasis en la petitum de fondo relacionado con su reintegro a la planta de cargos del Sanatorio de agua de Dios ESE.

1. Sentencia C 1175 de 2005

En esta sentencia lo que se debate es la procedibilidad de la delegación que el Decreto 760 de 2005, le permite hacer a la Comisión Nacional del Servicio Civil para el conocimiento de reclamaciones individuales y particulares que se presenten en el desarrollo de procesos de selección de personal que mediante concurso aspire a vincularse a cargos de la administración pública, por hacer parte de la responsabilidad de la vigilancia de la carrera administrativa por parte de la CNSC, así como la restricción al derecho de petición que se le pueda presentar a este órgano autónomo, asunto que no aplica para el caso concreto, toda vez que este despacho no tiene injerencia de las disposiciones que expida el legislador ordinario o extraordinario y consecuencia de la situación fáctica concreta, resulta no aplicable, y no habiendo argumentación de la recurrente que acompañe la invocación realizada, no le permite a la administración realizar consideraciones específicas.

2. Sentencia C 319 de 2010.

La referida providencia trata el debate de la constitucionalidad de la palabra *podrá* que trae el artículo 145 de la Ley 201 de 1996 por el cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, resolviendo la Corte Constitucional modular la sentencia para ordenar la interpretación de la disposición normativa en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, fundamento jurídico que a todas luces no aplica al caso del recurrente por tratarse de una normativa especial para la provisión de cargos de la defensoría del Pueblo y cuyos efectos del fallo de constitucional para las disposiciones demandadas, solo tienen aplicabilidad en la norma correspondiente.

"Actuando por el bienestar de nuestros usuarios y sus familias"

3. Sentencia C 112 de 2014.

En esta providencia lo que se debate es la procedencia del reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro por porcentajes del 50% ante el derecho concurrente de la conyuge y compañera permanente del causante, situación factica y jurídica totalmente alejada del caso que nos ocupa.

4. Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

Al respecto de lo indicado por la recurrente, se tiene que la Corte Constitucional ha indicado como alcance de la disposición citada, que la carrera administrativa constituye un principio constitucional y normativa de aplicación inmediata que se sustenta en la promoción de un sistema de competencia a partir del mérito, capacitación y específicas calidades de las personas que aspiran a vincularse a la Administración Pública¹

El recurrente invoca esta disposición para hacer en énfasis en que la carrera administrativa reposa sobre este artículo constitucional, le indica que es un principio y garantía constitucional, pero valga decir de paso, que cuando se indica que es una regla de aplicación inmediata, no tiene el alcance de sustentar el reintegro de funcionarios por hacer parte de una lista elegibles vigentes, pues de conformidad con el principio de legalidad, el servidor público puede accionar en virtud de las disposiciones normativas que así se lo permiten² y como operador administrativo no le es dable inaplicar una ley en sentido material so pena de aplicar un principio constitucional.

5. Artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005.

La disposición normativa referida por la recurrente, cuyo sentido fue determinado en esta sentencia modulada en sede control constitucional C 1175 de 2005, decisión en la que el honorable tribunal constitucional la declaró exequible, en el entendido que el nombrador solo puede efectuar un nombramiento provisional cuando no exista empleado de carrera que cumpla requisitos para hacer encargado y que no haya lista de elegibles vigente, regla que no distingue en situaciones cuando los empleos a los que cuales se refiere la lista ya fueran cubiertos, como en el caso particular.

6. Artículo 2.2.5.3.1. del Decreto 1083 de 2015.

La regla establecida en el artículo invocado por la recurrente en la sustentación a su recurso de reposición, no permite al operador jurídico de la administración aplicar lo solicitado por la misma, esto es, no deja ver en su supuesto, que ante la vacancia definitiva de un cargo de carrera administrativa en términos diferentes a los ya esbozados, esto es, en ninguno de los apartes del artículo 2.2.5.3.1. del Decreto 1083 se indica la obligatoriedad de uso de lista de elegibles antes de la provisión del empleo en provisionalidad, de hecho remite a lo establecido en el decreto ley 760 de 2005 y la Ley 909 de 2004.

¹ Sentencia C 563 de 2000 MP: Fabio Morón Díaz.
² Artículo 6 de la Constitución Política de Colombia.

"Actuando por el bienestar de nuestros usuarios y sus familias"

7. Artículos 11, 22 y 23 de la Ley 909 de 2004

El articulado invocado al respecto de la Ley 909 de 2004 como argumentos de la recurrente en sustento de su petición de reintegro no corresponde a ninguna obligación específica del nombrador relacionado al caso que nos ocupa, dado que no está en discusión la ordenación de la jornada laboral, la obligación de la Comisión nacional del Servicio Civil para la conformación de lista de elegibles, así como tampoco las clases de nombramiento siguiendo lo establecido en la Ley ibidem, la cual es clara en su artículo 23 que solo se proveerán con la lista de elegibles el No de cargos que hayan sido objeto del concurso, no así otros, como lo indica la señora Ana Maria Cely Insignares en su escrito.

8. Artículos 1 y 6 de la Ley 1960 de 2019

El artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, modificó las reglas del encargo que traía la Ley 909 de 2004, no siendo aplicable frente la inconformidad de la recurrente, dado que el cargo de auxiliar administrativa 4044-12, no tiene empleo inmediatamente inferior en el mismo nivel.

Las modificaciones que trae las disposiciones citadas de la Ley 1960 de 2019, en relación a la Ley 909 de 2004, se expidieron posteriormente a la culminación del concurso de méritos en mención del presente documento y a la petición instaurada por la recurrente, por lo que no es dable que por su conformidad con la información suministrada en el oficio de radicado No 2019GR100005661, que impetere un recurso con sustento legal no existente a la fecha del oficio con el que forma inicial eleva inquietudes al Sanatorio de Agua de Dios, en sede administrativa.

Ahora bien, para la fecha en que se generó la vacante definitiva del empleo de auxiliar administrativa 4044-12 del cual hace mención la señora Ana Celis, El Sanatorio de Agua de Dios, reportó tal novedad a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad cuya respuesta emitida correspondió a los términos respondidos en el(os) Nos 2 y 3 del oficio radicado No 2019GR100005661, sin que en la información suministrada por el organo haya osomo de remisión a la Ley 1960 de 2019.

Que de conformidad con lo expuesto, y dado que si bien la Ley 1960 de 2019 *Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998*, estableció en su artículo 6 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 con la cual se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso, dicha disposición no la encontramos aplicable para el caso que nos ocupa, dado que tal normativa al integrar el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 que trata del proceso de selección, no cambia las condiciones iniciales de la Convocatoria No 426 de 2016, cuyos resultados ya se generaron, hacerlo es darle efectos retroactivos a la Ley 1960 de 2019, lo cual no fue indicado por el legislador en el articulado de la misma.

Qué en virtud de lo expuesto;

RESUELVE:

"Actuando por el bienestar de nuestros usuarios y sus familias"

Artículo 1: Negar el recurso de reposición interpuesto por la señora ANA MARIA CELY INSIGNARES, identificada con cédula de ciudadanía No 39582061 por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

Artículo 2: Notificar la presente decisión de conformidad con el artículo 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Artículo 3: Contra la presente resolución no procede recurso alguno. No obstante lo anterior, el interesado puede interponer recurso de reposición contra la presente resolución en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Actuando por el bienestar de nuestros usuarios y sus familias

Dada en Agua de Dios - Cundinamarca, a los siete (07) días del mes de octubre de Dos mil Diecinueve (2019).

Fernando Arturo Torres Jiménez, Gerente de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Proyector: Ruby Milena Ariza Márquez - Asesora Jurídica Externa
Revisó: Hernán Sánchez Parra - Coordinador Grupo Interno Talento Humano

RESUELVA: Que en virtud de lo expuesto, se resuelve negar el recurso de reposición interpuesto por la señora ANA MARIA CELY INSIGNARES, identificada con cédula de ciudadanía No. 39582061, contra la comunicación de radicado No. 2019GR100005661 del 5 de agosto de 2019, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

"Actuando por el bienestar de nuestros usuarios y sus familias"

Doctor:

FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ

Gerente SANATORIO DE AGUA DE DIOS E. S. E.

Carrera 9 No. 10 – 69 (2° piso) / Edificio Carrasquilla

Agua de Dios - Cundinamarca

Asunto. – PETICION DE DOCUMENTOS

Acudo ante Su Despacho con el objeto de solicitar ordene a quien compete me expida con costas a mi cargo, una copia de la **RESOLUCION** por medio del cual resuelve proveer un (1) cargo en vacancia definitiva del sistema general de carrera administrativa denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CÓDIGO 4044. GRADO 12, no convocado en la oferta OPEC No. 30881; es decir, surgido con posterioridad a la convocatoria de concurso de méritos en la Entidad.

Me notificaré personalmente de la providencia que atienda y resuelva mi petición, en la Carrera 53 B No. 5 – 11 del Barrio San Rafael - Galán de Bogotá D. C. Celular 311 476 68 36 / 300 771 43 60

Atentamente,


ANA MARIA CELY INSIGNARES
C. C. N°39.582.061 de Girardot



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. 2019GR100011971

Fecha: 18-12-2019

Agua de Dios.

Señora

ANA MARIA CELY INSIGNARÉS

Carrera 53 B No. 5-11 Barrio San Rafael - Galán
Bogotá D.C.

Asunto: Respuesta a su radicado No. 3279-2 de diciembre 10 de 2019.

Cordial saludo.

En atención a su comunicación del día 10 de diciembre de la anualidad, radicada con el No. 3279-2, referida a solicitud de copia de la Resolución de nombramiento de un empleado público, de manera atenta, emito respuesta haciendo las siguientes precisiones:

1. El derecho de acceso a la información pública tiene límites, y al respecto la Corte Constitucional estableció unas reglas jurisprudenciales, resumidas en la sentencia T -451 de 2011, entre las que está la protección a los derechos fundamentales como es el habeas data.
2. El derecho de habeas data se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política y desarrollado por la Ley 1581 de 2012, regulación que en su artículo 5, define qué información constituye dato sensible, esto es, información que se relaciona con la intimidad de la persona, y para lo cual su tratamiento para fines diferentes a su vinculación laboral, requiere autorización en virtud de lo establecido en el artículo 6 y 8 de la Ley ibidem.
3. El acto administrativo del cual la peticionaria solicita copias contiene datos sensibles, información que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014, no es de obligatoria publicación, y en consecuencia su tratamiento es restringido.

En consecuencia y dado que no hemos sido autorizados para el suministro de la información solicitada por contener datos personales de la funcionaria vinculada, el Sanatorio de Agua de Dios E.S.E., no accede a su petición.

Cordialmente,



FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ
Gerente

Proyectado por: Ruby Milena Arca Márquez
Abogada Externa

Página 1 de 1

..... Actuando por el bienestar de nuestros Pacientes y sus Familias



REPUBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL
 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
 CENTRO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS
 JURISDICCIONALES
 PARA LOS JUZGADOS CIVILES Y DE FAMILIA

Fecha: 18/dic./2019

ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Página 1

042

GRUPO

ACCIONES DE TUTELA CIRCUITO

25538

SECUENCIA: 25538

FECHA DE REPARTO: 18/12/2019 12:55:15p. m.

REPARTIDO AL DESPACHO:

JUZGADO 42 CIVIL CTO BTA TUTELA

IDENTIFICACION:

NOMBRES:

APELLIDOS:

PARTE:

39582061
12

ANA MARIA CELY INSINARES
EN NOMBRE PROPIO

01
03

OBSERVACIONES:

REPARTO HMM04

FUNCIONARIO DE REPARTO

REPARTO HMM04

v. 2.0

ΜΦΣ

d. rodrigo

δροδοιγβ

Señor:

JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA – Reparto -

E. S. D.

ANA MARIA CELY INSINARES, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando en nombre propio, respetuosamente acudo ante Usted señor Juez a solicitarle el amparo constitucional establecido en el Art. 86 de la Constitución Política denominado **ACCIÓN DE TUTELA** en contra de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, representada legalmente por el doctor **JOSÉ ARIEL SEPÚLVEDA MARTÍNEZ**, o quien haga sus veces, y contra la Empresa Social del Estado **SANATORIO DE AGUA DE DIOS** del Orden Nacional¹, representada legalmente por el doctor **FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ**, o quien haga sus veces, por considerar vulnerados mis **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, BUENA FE, ACCESO A CARGOS PUBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGITIMA**, y **LA SEGURIDAD JURÍDICA**, y ante la evidencia de la violación a mis derechos fundamentales reseñados, dando aplicación directa a la Constitución como norma rectora y superior a todo precepto legal, efectuando una interpretación armónica con la Constitución Política y los precedentes jurídicos, se sirva adoptar la medida necesaria, haciendo en consecuencia, las siguientes o similares:

I. DECLARACIONES

PRIMERO: TUTELAR mis **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, BUENA FE, DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA Y LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, y LA SEGURIDAD JURÍDICA.**

SEGUNDO: Se ORDENE al representante legal de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**, o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia proceda a recomponer la lista de elegibles, y una vez emitido el acto administrativo en un término perentorio **AUTORICE²** mi nombramiento en periodo de prueba en el Empleo Público

¹ DECRETO 1288 de 1994. Artículo 2

² La **CIRCULAR CNSC 005 de fecha: 23 de Julio de 2012**, ya instruí que, en todo caso, previo a proveer por encargo una **vacante definitiva** de un empleo de carrera, la entidad **deberá solicitar sin excepción la respectiva autorización** ante la Comisión Nacional del Servicio Civil,

denominado **AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12**, ofertado bajo el código **OPEC No. 30881** del sistema general de carrera de la Empresa Social del Estado del Orden nacional **SANATORIO DE AGUA DE DIOS** en la Convocatoria No. 426 – ESE, en vacancia definitiva el 15 de mayo de 2019 y ocupado en provisionalidad el 19 de julio de 2019.

TERCERO: Se **ORDENE** al representante legal de la Empresa Social del Estado del Orden Nacional **SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, representada legalmente por el doctor **FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ** o por quien haga sus veces, que una vez cumplido lo ordenado en la Cláusula SEGUNDA por parte de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, dentro de las 48 horas siguientes en estricto orden de mérito con los integrantes de la lista de elegibles respectiva, proceda a efectuar mi nombramiento en periodo de prueba en el Empleo Público denominado **AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12**, ofertado bajo el código **OPEC No. 30881** del sistema general de carrera, en vacancia definitiva el 15 de mayo de 2019, y ocupado en provisionalidad el 19 de julio de 2019.

El sustento fáctico de mi solicitud es el siguiente,

II. FUNDAMENTOS DE HECHOS

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), en desarrollo de la Ley 909 de 2004, mediante la expedición del Acuerdo No. 20161000001276 del 28 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos Nos. 20161000001416 del 30 de septiembre de 2016, 20161000001466 del 23 de noviembre de 2016 y 20181000000026 del 12 de enero de 2018 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000002346 del 18 de junio de 2018, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente dieciséis (16) empleos con sesenta y cinco (65) vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS. Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera convocatoria E. S. E.
2. Participo en la convocatoria para proveer dos (2) vacantes de la Convocatoria N°. 426 de 2016, denominado: **AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12**, ofertado bajo el código OPEC No. 30881 del sistema general de carrera de la Empresa Social del Estado **SANATORIO DE AGUA DE DIOS**.
3. Superé las pruebas aplicadas en la Convocatoria N°. 426 de 2016 - ESE, ocupando el tercer (3°) puesto en la lista de elegibles del empleo de carrera

denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12, ofertado bajo el código OPEC No. 30881 de la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, conformada mediante la Resolución CNSC – 2018110174185 del 05 de diciembre de 2018, que tiene una vigencia de dos (2) años ofertados a través de la Convocatoria N°. 426 de 2016 - ESE.

4. Una vez nombrados y posesionados en periodo de prueba los dos (2) primeros, la lista se recompone y paso a ocupar el primer (1°) puesto de la lista para para ser nombrada en periodo de prueba en el cargo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12 en vacancia definitiva desde el 15 de mayo de 2019.
5. Presento derecho de petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019, solicitando al Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS Empresa Social del Estado de la rama ejecutiva del Orden Nacional, el agotamiento de la lista de elegibles para la Convocatoria N°. 426 de 2016, teniendo en cuenta la vacante definitiva del 15 de mayo de 2019, denominado Auxiliar Administrativo. CÓDIGO 4044. Grado 12, por renuncia de la titular.
6. Con Radicado No. 2276 - 2 del 20 de agosto de 2019, interpongo Recurso de Reposición en contra del acto administrativo con Radicado No. 2019GR100005661 del 05 de agosto de 2019, y solicito al Gerente de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, reponga su decisión, y en su lugar acceda favorablemente a mi petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019.

Lo que no sabía, es que desde mucho antes, el 19 de julio de 2019, el Gerente de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ faltando a la verdad (*Actualmente la entidad tiene una vacante en el empleo con el código y grado referidos por usted*) y contrario a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2.2.5.3.1³ (*Provisión de las vacancias definitivas*), y el numeral 4⁴ y **PARÁGRAFO 1°⁵** del artículo

³ 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

⁴ 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.

⁵ **PARÁGRAFO 1°.** *Una vez provistos en periodo 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*

2.2.5.3.2 (Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera) del Decreto 1083 de 2015, ya ha nombrado y posesionado en "provisionalidad" otra persona en el Empleo público de carrera denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12, que estaba en "vacancia definitiva" desde el 15 de mayo de 2019.

Respecto del nombramiento provisional de manera excepcional, mediante la **CIRCULAR CNSC 005 de fecha: 23 de Julio de 2012**, ya se instruyó que, en todo caso, **previo a proveer por encargo una vacante definitiva de un empleo de carrera, la entidad deberá solicitar sin excepción la respectiva autorización** ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El mismo Decreto 1227 de 2005, prevé que "**el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada**". (Negrilla y subraya fuera del texto).

7. Mediante la RESOLUCIÓN No. 10.36.719 del 07 de octubre de 2019, el Gerente de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, resuelve negar mi recurso, y precisando respecto de mis cuestionamientos, manifiesta:

Al numeral 1, respecto de "El número de vacantes de cargo Auxiliar Administrativo 4044 12", me manifiesta:

"Actualmente la entidad **tiene una vacante** en el empleo con el código y grado referidos por usted, el cual no hizo parte de la OPEC, que se llevó a la convocatoria No. 426 de 2016, dado que para la fecha era desempeñado por personal con derechos de carrera". (Negrilla y subraya fuera del texto).

Al numeral 3, respecto de la "obligatoriedad de nombramiento en vacante definitiva en virtud de lista de elegibles en cargos diferentes a los de la OPEC", me manifiesta:

"(...), la lista de elegibles allí contenida, **solo me es obligatoria para proveer número de vacantes ofertadas** por el empleo de Auxiliar Administrativo 4044 12 en la Convocatoria No. 426 de 2016". (Negrilla y subraya fuera del texto).

podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Aceptar al representante legal de la Empresa Social del estado del Orden Nacional SANATORIO DE AGUA DE DIOS, el argumento de la consulta del 05 de junio de 2019 a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, y su respuesta del 9 de julio de 2019, aceptando que el cargo no fuera provisto por méritos hasta una próxima convocatoria, es evidentemente contrario al fundamento constitucional expuesto.

III. DERECHOS VIOLADOS

La Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, descentralizada de la rama ejecutiva del Orden Nacional vulneró mis derechos fundamentales constitucionales reseñados al desconocer mi condición de persona que previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijadas por la ley, como aspirante fui seleccionada mediante el sistema de mérito para integrar el tercer (3°) puesto en la lista de elegibles (**vigente por dos años**) en el Empleo Público denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – *Primera convocatoria E. S. E.*

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Constitución Política al regular la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión, dispone:

“ARTICULO 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. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

(...)

De la misma manera, la Ley 909 de 2004, al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, establece:

“ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

(...)

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

“ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”. (Subrayado nuestro)

“ARTÍCULO 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño”.

De lo anterior, se concluye que la Constitución Política establece que el ingreso, el ascenso y la provisión de cargos públicos de carrera administrativa se deben realizar mediante procesos de mérito y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, en la CIRCULAR 0117 julio 29 de 2019, imparte a los Representantes Legales y Jefes de Unidades de Personal de entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley - procesos de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos.

1. Derecho preferencial de encargo de los servidores de carrera administrativa del Sistema General, Sistemas Específicos o Especiales de origen legal y de los Sistemas Especiales a los que por orden de la Ley les aplica transitoriamente la Ley 909 de 2004.

Los servidores de carrera tienen el derecho preferencial a ser encargados en los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, siempre que acrediten los requisitos definidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019.

(...)

- Por determinarse procedente la provisión definitiva del empleo, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 (órdenes de provisión definitiva, el cual incluye el nombramiento en período de prueba con la lista de elegibles resultante de un proceso de selección).

El Decreto 1083 de 2015, vigente para la fecha de inicio de la Convocatoria N°. 426 de 2016, reglamentará algunos aspectos relevantes en torno a la provisión de vacancias definitivas y temporales en los empleos de carrera.

“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. Negrilla y subraya fuera del texto.

(...)

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

(...)"

La interpretación expuesta por el representante legal (Gerente) de la Empresa Social SANATORIO DE AGUA DE DIOS es contraria a los principios y valores constitucionales que inspiran el mérito como condición principal de acceso a los cargos públicos de carrera administrativa, y al alcance de los artículos 53 y 125 superiores, pues evidentemente las reglas de la convocatoria No. 426 de 2016 - ESE, prevista en el Acuerdo No. 20161000001276 del 28 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos Nos. 20161000001416 del 30 de septiembre de 2016, 20161000001466 del 23 de noviembre de 2016 y 20181000000026 del 12 de enero de 2018 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000002346 del 18 de junio de 2018, establece que las listas de elegibles son el insumo para la provisión de las vacantes definitivas de los empleos objeto de la convocatoria, y predicar la idoneidad de la lista de elegibles únicamente para la provisión de los empleos reportados a la fecha de la convocatoria, implica desconocer directamente su eficacia durante el término de vigencia de dos (2) años, situación que no se enmarca dentro del contexto axiológico de acceso y ascenso a cargos públicos de carrera administrativa.

Ir en contra del alcance del PARÁGRAFO 1º del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, es contrario al alcance del principio de in dubio pro operario consagrado en el artículo 53 de la C. N, referente a la necesidad de interpretar la duda en favor del trabajador, y en este caso el destinatario de la protección es el integrante de la lista de elegibles, que demostró objetivamente sus méritos para acceder al empleo, y con mejor derecho. El alcance de la disposición plantea una duda razonable que debe interpretarse en favor del accionante, relativa a la idoneidad de la lista de elegibles para proveer específicamente los mismos empleos inicialmente provistos cuando en su titular converjan algunas de las causales de retiro del servicio previstas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y la hermenéutica más benéfica no es otra que predicar la posibilidad de utilizar estas listas para el nombramiento

en periodo de prueba en las vacantes del empleo provisto inicialmente por los primeros integrantes, sin el entendimiento que el retiro del servicio debe provenir de estos elegibles nombrados inicialmente en virtud de la convocatoria, pues de lo contrario, se insiste, se reduciría la idoneidad de la lista de elegibles a los primeros nombramientos, cuando la regulación indica una vigencia de dos (2) años.

Esta hermenéutica fue precisamente la expuesta en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, modificatoria del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando expresamente refiere:

“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.

En ninguno de los acápites de la Ley 1960 de 2019 refiere que tales imperativos rigen a partir de convocatorias futuras, siendo necesario invocar el principio de interpretación jurídica relativo a **“cuando la ley no distingue, no es viable al intérprete distinguir”**.

Lo contrario, implicaría que pese a ostentar todos los méritos para el nombramiento en periodo de prueba en el Empleo Público denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12, ofertado bajo el código OPEC No. 30881 del sistema general de carrera de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, para el cual **“concurse, aprobé todas las etapas del proceso, y demostré un mejor derecho”**, no se me permita el acceso pese a que para el 15 de Mayo de 2019 existía una vacante definitiva en el mismo empleo, generada por renuncia de la Empleada Pública titular de carrera administrativa; sino que, fuera provisto por méritos hasta una nueva próxima convocatoria (**no se sabe cuándo**), lo cual evidentemente es contrario al fundamento constitucional expuesto.

V. PRECEDENTE JUDICIAL

Debido al cambio de normatividad producto de la expedición de la Ley 1960 de 2019, y al estar próxima a vencerse en un (1) año la lista de elegibles, se encuentra en peligro mi derecho fundamental al trabajo y acceso a cargo público y de no tutelarse se generaría un daño irremediable.

Si bien cuento con un medio subsidiario, en materia de concurso de méritos, la H. Corte Constitucional ha considerado la falta de idoneidad del medio de control ante la jurisdicción contencioso administrativa para la protección integral de los derechos a la igualdad, debido proceso, trabajo y acceso a los cargos públicos, sobre el particular, en la sentencia SU 613 de 2002 se expuso lo siguiente:

"(...) 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 solo 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."

En el mismo sentido axiológico, la H. Corte Constitucional reflexionó lo siguiente en la Sentencia SU 913 de 2009:

"Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede "desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto [25], en aquellos casos en que el mecanismo alternativo no es los suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos. (Negrilla y subraya fuera del texto).

5.2 Considera la Corte que en materia de concurso 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”.

En este contexto, es claro para el Despacho que en materia de nombramiento de integrantes de listas de elegibles producto de concurso de méritos, se ha estimado por la doctrina constitucional la procedencia de la acción de tutela, cediendo el requisito de subsidiaridad, pues aun cuando existen los mecanismos de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, estos no son idóneos, ni expeditos para evitar la configuración de perjuicio irremediable, máxime cuando se predica en el caso particular una vigencia de 2 años de la lista de elegibles.”

En mi caso en particular, de conformidad con la Resolución No. 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018 proferida por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, mediante la cual conforma la lista de elegibles del Empleo Público denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12, ofertado bajo el código OPEC No. 30881 del sistema general de carrera de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, “ya ha transcurrido casi un (1) año”.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-1175/05. Referencia: expediente D-5781. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, respecto de los requisitos para que pueda efectuarse la **PROVISION PROVISIONAL DE EMPLEOS POR VACANCIA DEFINITIVA**, considera:

“Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los

requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente.
En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación.

Respecto de la “vacante definitiva”, la Ley 909 del 2004, señala en el literal d) del artículo 14 lo siguiente: **“Elaborar y aprobar el Plan Anual de Empleos Vacantes de acuerdo con los datos proporcionados por las diferentes entidades y dar traslado del mismo a la Comisión Nacional del Servicio Civil”.**

Con el objeto de garantizar que sean los méritos los que sirvan para la provisión de la carrera administrativa, la Corte Constitucional en la Sentencia T-112 del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, respecto de la autorización del uso de listas de elegibles, considera:

5. La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa

Esta Corporación en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que *“las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, **son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme**”*[9]. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que **obligan** tanto a los participantes como **a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas**[10] **y resultan inmodificables.** De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa. Negrilla y subraya fuera del texto.

En este sentido, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

3.4. La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se

imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada."

(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular." [11] (Subrayado fuera de texto).

Por otra parte, dentro de las convocatorias y como pauta del concurso, es posible que por parte del legislador o de la misma entidad convocante, se permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido esta corporación en distintos fallos.

El primero de ellos se presentó en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995 [12], una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que **cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.** [13] Negrilla y subraya fuera del texto.

(...).

6. Normas de carrera administrativa aplicables al caso concreto

Esta corporación ha expresado en distintas oportunidades que la carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el artículo 125 de la Carta política, es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público[15]. En este sentido, la carrera administrativa funge, entonces, como un principio y una garantía constitucional[16].

En desarrollo de este principio se han adoptado diferentes regulaciones que para el caso concreto se traducen en primer lugar en la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 11, literal e) de dicha normatividad la CNSC debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia.

La misma norma en el literal f) contempla también dentro de las funciones de administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil la de *"f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior."*

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 (abril 21), en su artículo 7° establecía, antes de su reforma por el Decreto 1894 de 2012, la forma en que debía hacerse la provisión definitiva de los empleos de carrera:

"7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. 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.

7.3. 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.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general. (Subrayado fuera de texto)

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Subrayado fuera de texto)

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad."

Ahora bien, el artículo 8 del mismo Decreto 1227 de 2005 indica que "Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera.". A su vez el párrafo transitorio del citado artículo señala que La CNSC podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique con base en razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por estricta necesidad del servicio. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Sin embargo, la misma norma prevé que "el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada". [17]Negrilla y subraya fuera del texto.

Por su parte, el artículo 33 antes de ser modificado por el Decreto 1894 de 2012, establecía el deber de "utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel." [18](Subrayado fuera de texto).

(...)

En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC, **para una entidad que reporte una vacancia definitiva**, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias. Negrilla y subraya fuera del texto.

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la **Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad**, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo. Negrilla y subraya fuera del texto.

Ahora bien, es oportuno señalar que en el año 2012 se expidió el Decreto 1894 que modificó la normativa reseñada en cuanto eliminó los órdenes de provisión contenidos en los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005[19]. Igualmente modificó el artículo 33 de dicho decreto eliminando la posibilidad de que la respectiva entidad utilizara las listas de elegibles para proveer vacantes en el mismo empleo o en empleos equivalentes. **Sin embargo, el ámbito de aplicación de la nueva norma debe seguir la consideración general de que las pautas de la convocatoria son inmodificables, obligando a la entidad convocante y a quienes participan sin que puedan verse variadas porque de lo contrario esto conduciría a vulnerar la confianza legítima y el principio de buena fe.** Subraya fuera del texto.

Así, visto en conjunto la normativa aplicable al concurso en el que la accionante participó, se desprende la evidente posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer empleos de carrera administrativa iguales o equivalentes al que participó **que se encuentren vacantes definitivamente.** (Subraya fuera del texto).

Considerando que el representante legal de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS en respuesta al numeral 3 de la RESOLUCIÓN No. 10.36.719 del 07 de octubre de 2019, al negar mi recurso, me indica:

"Obligatoriedad de nombramiento en vacante definitiva en virtud de lista de elegibles en cargos diferentes a los de la OPEC. En relación con la

*información que reporta en fundamento a su consideración de obligatoriedad de aplicación de lista de elegibles para proveer cargos con condiciones iguales o similares al empleo que fue convocado a concurso de méritos, nos permitimos precisar que mediante **Resolución N° CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018** por la cual se conforma la lista de elegibles para el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, indica literalmente en su artículo 1º." Conformar la lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera administrativa **Auxiliar Administrativo. Grado 12. Código 4044** de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 30881", de lo cual, en el marco de la presunción de legalidad de los actos administrativos, la lista de elegibles allí contenida, solo me es obligatoria para proveer el número de vacantes ofertadas por el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 en la Convocatoria No. 426 de 2016" – negrilla y subraya son mías -, al respecto le manifiesto:*

La Corte Constitucional en la Sentencia T-112 del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, respecto de la autorización del uso de listas de elegibles, considera:

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

En el Acuerdo 159 de 2011 (mayo 10), de la CNSC "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004", se hace referencia en el capítulo I del Título II a la conformación y uso de las listas de elegibles. Concretamente el artículo 11 preceptúa:

"Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente, producto de la Convocatoria, la CNSC autorizará su uso y realizará el cobro

respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del presente Acuerdo.” Negrilla y subraya son mías.

En cuanto al Banco Nacional de Listas de Elegibles, el citado acuerdo, en el artículo 20, indica que se conforma de:

1. Listas de elegibles de la entidad: son las listas de elegibles conformadas dentro del proceso de selección, para la provisión de empleos de carrera de una entidad en particular.

2. Listas generales de elegibles: Se trata de la agrupación de las listas de elegibles en firme y vigentes, conformadas dentro de la convocatoria para los empleos objeto del concurso, organizadas en orden de mérito y acorde a los parámetros establecidos en cada convocatoria.

Para el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, preceptúa el artículo 22 ídem:

*“Artículo 22. **Uso de listas de elegibles de la entidad.** Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la Comisión Nacional del Servicio Civil verifique que se agotó el quinto orden de provisión establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, la CNSC, aplicando la definición de empleo equivalente establecida en el numeral 8°, artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar.”*

Para la provisión de vacantes definitivas, la CNSC debe verificar si dentro de las listas de elegibles conformadas para la entidad solicitante existe alguna conformada para empleos iguales o equivalentes. En caso de que existan listas de elegibles para empleos equivalentes en la misma entidad, la CNSC utiliza dicha lista en estricto orden de mérito; en caso contrario, aprueba el uso de las listas generales de elegibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 ídem: (Negrilla y subraya fuera del texto).

*“Artículo 23. **Uso de listas generales de elegibles.** Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la CNSC verifique que con la aplicación del criterio establecido en el artículo anterior no fue posible realizarla, se procederá al uso de las listas generales de elegibles, a través del mecanismo de postulaciones.*

Parágrafo. El uso de listas generales de elegibles se realizará de manera exclusiva por el mecanismo de postulaciones, salvo que pueda

proveerse con algunos de los numerales que anteceden en el orden de provisión establecido por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005"Negrilla y subrayas fuera del texto.

El mecanismo de postulación al que hace referencia la norma, se utiliza para el uso de las listas generales que conforman el Banco Nacional de Listas de Elegibles, el cual permite a un elegible manifestar su interés de ser nombrado en un empleo diferente al que concursó. Negrilla y subraya fuera del texto.

La misma COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), desde mucho tiempo antes a la Convocatoria No. 426 de 2016 – ESE, para conformar la lista de elegibles (Resolución No. 20182110170835 del 05 de Diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS), mediante la **CIRCULAR CNSC 005 de fecha: 23 de Julio de 2012**, ya instruía que en todo caso, **previo a proveer por encargo una vacante definitiva de un empleo de carrera, la entidad deberá solicitar sin excepción la respectiva autorización** ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual debe cumplir los siguientes requisitos para ser otorgada:

- a) **Solicitud de autorización** suscrita y firmada por el Representante Legal de la entidad o quien tenga delegada dicha función, caso en el cual deberá remitir copia del acto administrativo de delegación;
- b) La solicitud deberá contener la manifestación de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1° del Decreto 4968 del 7 de diciembre de 2007;
- c) Indicar el número de empleos a proveer, así como la manifestación clara y expresa de la denominación, código y grado, conforme a lo dispuesto en los Decretos 785 de 2005 y 2489 de 2006;
- d) **Indicar si el empleo fue reportado a la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC**, señalando su código de identificación;
- e) Certificación suscrita por el Representante Legal de la entidad, mediante la cual manifieste que se agotó el procedimiento establecido en el numeral 2.1.1 de la presente circular y que el servidor público con derechos de carrera cumple con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004;
- f) Certificación suscrita por el Representante Legal de la entidad, mediante la cual manifieste que el empleo para el que se solicita autorización se

encuentra en **vacancia definitiva** y que no está siendo desempeñado por servidor alguno;

g) En caso de requerir prórroga para la provisión mediante encargo, la solicitud deberá presentarse a la CNSC, con mínimo un (1) mes de antelación.

También, el citado Decreto 1083 de 2015, en el Artículo 2.2.5.3.1. **Provisión de las vacancias definitivas**. Inciso segundo, literalmente dispone:

“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.” Negrilla y subrayas son mías.

Respecto de los nombramientos y posesiones en provisionalidad **posteriores** al 27 de Junio de 2019, la Ley 1960 de 2019, en el Artículo 1 (modifica el artículo 24 de la Ley 909 de 2004). PARÁGRAFO 2, literalmente dispone:

“Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.” Negrilla y subraya son mías.

En la Resolución No. 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, me encuentro en el tercer (3º) lugar, y cumpla con los requisitos del empleo a proveer que estaba vacante a la fecha de mi petición.

Considerando que el Gerente del Sanatorio de Agua de Dios – Empresa Social del Estado me indica que no está obligado a hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución Nª CNSC - 20182110170835 del 05-12-2018 para proveer el cargo en vacancia definitiva desde el 15 de mayo de 2019, del cual hago mención en mi solicitud, dado que no hizo parte de la OPEC en la Convocatoria No. 426 de 2016”, al respecto le indico:

La Corte Constitucional en la Sentencia C-319 de 2010, considera

8.2. En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que **cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma**

denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, por lo tanto la administración deberá solicitar la respectiva autorización de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva.

De lo anterior, se deduce que a partir de la Sentencia C-319 de 2010, "**la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad**", ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo.

Como siempre el Gerente de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS ha manifestado la imposibilidad de acceder a mi petición, por cuanto las listas de elegibles únicamente pueden servir de insumo para el nombramiento de las vacancias definitivas de los mismos empleos inicialmente provistos, considerando la inaplicabilidad en el caso concreto del artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, por el principio de irretroactividad de la norma, al respecto manifiesto:

El 9 del presente año, el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN**, actuando a favor del mérito, dentro de la acción de tutela instaurada por MARIA CAMILA ARROYAVE ARIAS, ciudadana que se encontraba dentro de las mismas circunstancias fácticas y jurídicas a las mías, al encontrarse en una lista de elegibles territorial en Bello, Antioquia, le fueron tutelados sus derechos fundamentales.

Lo más valioso de dicho fallo es que da aplicación a la "retrospectividad", y expone de manera clara y contundente la forma en la cual se debe aplicar la Ley 1960 de 2019, por lo cual fundamentó su decisión en:

4.5. La retrospectividad de las normas de cara a situaciones jurídicas consolidadas.

4.5.1. Por regla general las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas.

4.5.2. Excepcionalmente regirán retroactivamente, que a las luces de la sentencia T – 564 de 2015, se configura cuando:

"... una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia, un ejemplo claro de este instituto jurídico es el establecido en el

artículo 29 constitucional, conforme al cual, en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Otra salvedad, es la ultraactividad, que consiste en:

“... la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada, a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar durante su vigencia, en la actualidad se encuentran regidas por una nueva disposición jurídica”.

Y a renglón seguido, añadió:

“Adicionalmente, se ha aceptado la posibilidad de una tercera modalidad de aplicación temporal de las normas, la cual, si bien, no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa, ha sido empleada especialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de justicia y la Corte Constitucional, esta es, la retrospetividad(14). En relación con esta figura, se ha indicado que ella consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidadas la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

Según la jurisprudencia de la corte constitucional y del Consejo de Estado, hay que tener en cuenta que la irretroactividad de la norma tiene unas **excepciones** y que para el caso en concreto donde una lista de elegibles aún tiene vigencia; es decir, que quienes nos encontramos en lista (**vigente dos años hasta el 17 de diciembre de 2020**), se nos aplica la nueva norma; es decir, la Ley 1960 de 2019 en el efecto **RETROSPECTIVO**.

Así mismo, la jurisprudencia ha sido clara y es enfática en indicar que cuando no se tiene un derecho adquirido nos encontramos que la situación fáctica y jurídica aún continúa en curso, pues la **lista de elegibles cuenta con una vigencia de dos años término dentro del cual puede llegar a consolidar un derecho o no, es así como la nueva norma la Ley 1960 de 2019, debe ser aplicada a todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes a la entrada en vigencia de la referida norma es decir en EFECTO RETROSPECTIVO**, dado que es una situación jurídica en curso, no se tienen derechos adquiridos, no se ha consolidado en el tiempo por lo cual la nueva norma se debe aplicar en forma inmediata.

Se ha determinado así que la irretroactividad de la ley no tiene un carácter absoluto y, de hecho, la finalidad de retrospetividad consiste, precisamente en la protección

de los principios de equidad e igualdad y a la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales.

Siempre se pidió al Gerente de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS E. S. E., doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMÉNEZ que las sentencias C-516 de 2016 y C-951 de 2014, se cumplan conforme se dispone en la sentencia C-104 de 1993. Idem, la misma CORTE CONSTITUCIONAL, dieciocho (18) años después en la Sentencia C-539 de 2011. Referencia: expediente D-8351 Magistrado Ponente: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, dispuso:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. (...)” Negrilla y subraya fuera del texto original.

Respecto de la **“OBLIGATORIEDAD DE ACATAR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL”**; la misma Corte, en la Sentencia C 621 de septiembre 30 de 2015. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, reitera que esta se fundamenta en el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respecto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional: **“SU JURISPRUDENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL DICTADO POR ESTA, TIENE FUERZA VINCULANTE COMO FUENTE DE DERECHO”** (...).

El inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y **“SON DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO PARA TODAS LAS AUTORIDADES Y LOS PARTICULARES”**.

VI. PRUEBAS

A. DE OFICIO

Solicitar al representante legal de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, allegue con destino a este proceso, una copia de la renuncia del 15 de mayo de 2019, de la titular del Empleo Público denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CÓDIGO 4044. GRADO 12, no convocado en la oferta OPEC No. 30881, junto con el acto administrativo (RESOLUCION) por medio del cual resuelve proveerlo el 19 de julio de 2019.

B. DOCUMENTALES

- COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC. Resolución CNSC – 2018110174185 del 05 de diciembre de 2018 (Lista de Elegibles).
- Mi petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019.
- Respuesta con Radicado No. 2019GR100005661 del 05 de agosto de 2019, proferida por el doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, representante legal de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS.
- Mi recurso de reposición con Radicado No. 2276 - 2 del 20 de agosto de 2019.
- RESOLUCIÓN No. 10.36.719 del 07 de octubre de 2019, proferida por el Gerente de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ.

VII. COMPETENCIA

En razón del Decreto 1983 de 2017. Artículo 1°. **Modificación del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.** Modifícase el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual quedara así: **ARTÍCULO 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela**, numeral 2, es competente Su Señoría para conocer de esta acción constitucional, a prevención, porque está dirigida contra una entidad pública del Orden Nacional.

VIII. JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que no he presentado ninguna otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos.

IX. NOTIFICACIONES

Me notificaré personalmente de la providencia que atienda y resuelva mi petición, en la Carrera 53 B No. 5 – 11 del Barrio San Rafael - Galán de Bogotá D. C. Correo electrónico: annymacein1783@hotmail.com / Celular 311 476 68 36 / 300 771 43 60

Atentamente,

ANA MARIA CELY INSIGNARES
C. C. N° 39.582.061 de Girardot

Doctor:

FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ
Gerente SANATORIO DE AGUA DE DIOS E. S. E.
CARRERA 9 No. 10 – 69 / Edificio Carrasquilla – 2° piso
Agua de Dios - Cundinamarca

Ref. – RECURSO DE INSISTENCIA a mi petición con Radicado No. 3279-2 de diciembre 10 de 2019¹

Toda vez que en respuesta a mi petición de copia de un acto administrativo² en su Oficio con Radicado No. 2019GR100011971 de Fecha: 18-12-2019, fundamenta su negativa para expedirlo argumentando que constituye un dato sensible e involucra derechos a la privacidad o afecta la intimidad de una Empleada Pública nombrada y posesionada en provisionalidad, motivo por el cual no es de obligatoria publicación, y su tratamiento es restringido, con fundamento en el Parágrafo del Artículo 26³ de la Ley 1755 de 2015, manifiesto que insisto en mi petición del documento; en consecuencia, interpongo dentro del término legal el recurso de la referencia.

Sustento de mi recurso de insistencia, es el siguiente fundamento jurídico:

“La publicidad de las funciones públicas (C.P. art. 209), es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de derecho; sin ella, sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales.” Este derecho entonces constituye una garantía que materializa el principio de democracia participativa sobre el cual se estructura el Estado

¹ Le solicito el agotamiento de la lista de elegibles para la Convocatoria No. 426 de 2016 - ESE.

² La RESOLUCION por medio del cual resuelve proveer un (1) cargo en vacancia definitiva del sistema general de carrera administrativa denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CÓDIGO 4044. GRADO 12, no convocado en la oferta OPEC No. 30881; es decir, surgido con posterioridad a la convocatoria de concurso de méritos en la Entidad.

³ **Artículo 26.** Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada. Subraya fuera del texto.

colombiano, que a su turno fortalece el ejercicio de la ciudadanía, en tanto permite "formar "un ciudadano activo, deliberante, autónomo y crítico" que pueda ejercer un debido control de la actividad del Estado". (Corte Constitucional. Sentencia C-274/13. Referencia: expediente PE-036. Magistrada sustanciadora: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA)

En igual sentido, en la sentencia C-711 de 1996, la Corte recordó:

"Es imprescindible propiciar el desarrollo del principio de publicidad en el que se ubica la posibilidad de realización efectiva de la democracia participativa consagrada en el artículo 3 constitucional, para lo cual, se requiere de una eficaz garantía del derecho a acceder a la información pública para que los gobernados, titulares del derecho y el deber de ejercer control sobre las autoridades públicas investidas de poder para adoptar decisiones en temas de interés general, lo ejerzan."

Contrario al art. 40 Constitucional, si el desempeño del poder, en los distintos ámbitos del Estado, fuera clandestino y secreto, no sería posible que el ciudadano pudiera participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

El derecho de acceso a los documentos públicos persigue fines constitucionalmente legítimos y garantiza la participación democrática, el derecho a la información, y a la transparencia de la gestión pública.

La información contenida en el documento público (RESOLUCIÓN) solicitada en mi petición con Radicado No. 3279-2 de diciembre 10 de 2019, no es una información reservada por cuanto no contiene información que afecte la intimidad de la Empleada Pública nombrada y posesionada en provisionalidad en un cargo del sistema general de carrera administrativa, de mi interés en un concurso de méritos.

Me notificaré personalmente de la providencia que atienda y resuelva mi recurso de la referencia en la carrera 53 B No. 5 – 11 del Barrio Galán de Bogotá. Acepto notificación personal al Correo electrónico: annymacein1783@hotmail.com

Atentamente,


ANA MARÍA CELY INSIGNARES
C. C. No. 39.582.061 de Girardot



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 10ª N° 14-33- Piso 13° TELÉFONO 2 82 46 79 BOGOTÁ D.C.
ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señor(a):
ANA MARIA CELIS INCINARES
Annymacein1783@hotmail.com
BOGOTÁ D.C.

Telegrama No. 0010

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832
ACCIONANTE ANA MARIA CELIS INCINARES
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL Y
OTROS

Comuníquese que este Despacho Judicial, mediante providencia de 13 de enero de 2020, **ADMITIO** la acción de tutela de la referencia, y ordeno notificarlo (s) conforme y en los términos ordenados en el referido auto

El secretario,

NELSON ALVAREZ CASTAÑEDA





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 10ª N° 14-33- Piso 13° TELÉFONO 2 82 46 79 BOGOTÁ D.C.
ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D.C., 13 de enero de 2020.
Oficio No.- 0016

Señores:
COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL
notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co
BOGOTÁ D.C.

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832
ACCIONANTE ANA MARIA CELIS INCINARES
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL Y
OTROS

Comuníquese que este Despacho Judicial, mediante providencia de 13 de enero de 2020, **ADMITIO** la acción de tutela de la referencia, y ordeno notificarlo (s) conforme y en los términos ordenados en el referido auto, del cual se anexa copia, junto con copia del escrito de tutela y sus anexos.

El Secretario,

NELSON ALVAREZ CASTAÑEDA





REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 10ª N° 14-33- Piso 13° TELÉFONO 2 82 46 79 BOGOTÁ D.C.
ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D.C., 13 de enero de 2020.
Oficio No.- 0017

Señores:
SANATORIO AGUA DE DIOS
gerencia@sanatorioaguadedios.gov.co
BOGOTÁ D.C.


REFERENCIA: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832
ACCIONANTE ANA MARIA CELIS INCINARES
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL Y
OTROS

Comuníquese que este Despacho Judicial, mediante providencia de 13 de enero de 2020, **ADMITIO** la acción de tutela de la referencia, y ordeno notificarlo (s) conforme y en los términos ordenados en el referido auto, del cual se anexa copia, junto con copia del escrito de tutela y sus anexos.

El Secretario,

NELSON ALVAREZ CASTAÑEDA



República de Colombia 
Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D.C., trece (13) de enero de dos mil veinte (2020)

Expediente: 11001-31-03-042-2018-00832-00
Proceso: ACCIÓN DE TUTELA
Accionante (s): ANA MARIA CELY INSINARES
Accionado(s): COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y OTRO

En atención al anterior escrito de tutela y conforme lo regulado en el Decreto 2591 de 1991, el Despacho dispone:

1° ADMITIR la presente ACCIÓN DE TUTELA instaurada en nombre propio, por la señora ANA MARIA CELY INSINARES identificada con la C.C. N° 39.582.061, contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y SANATORIO AGUA DE DIOS.

Se invoca como presuntamente conculcado los derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso y seguridad jurídica.

2° OFICIAR por Secretaría, con copia del escrito de tutela y la petición que la motiva -ver traslado-, por el medio más expedito y eficaz, a las entidades accionada; para que a través de su(s) Representante(s) Legal(es) y/o quien(es) haga(n) sus veces, en forma directa y/o por conducto de funcionario legalmente acreditado para ello y quien para el efecto deberá demostrar la representación o facultad legal del caso; en el término de un (1) día, contado a partir de la notificación de esta providencia, se sirva(n) pronunciarse acerca de la presente acción constitucional así como remitir copia de toda la documentación que posean en cuanto a los hechos de que da cuenta la acción de tutela de la referencia y ejerzan sus derechos de defensa y contradicción.

3° NOTIFIQUESE a las partes por el medio más expedito y eficaz. (Art. 16 Dcto. 2591/91 en conc, con-art. 5 Dcto. 306/92) y adviértasele a la entidad accionada que la falta de respuesta hará presumir ciertos los hechos en que se funda la acción (Art. 20 Dcto. 2591/91) y, tenga en cuenta el reclamante que el falso juramento lo hará acreedor a las sanciones previstas en el Código Penal.

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE,

LA JUEZ,

ORIGINAL FIRMADO
FLOR MARGOTH GONZÁLEZ FLÓREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 10ª N° 14-33- Piso 13° TELÉFONO 2 82 46 79 BOGOTÁ D.C.
ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señor(a):
ANA MARIA CELY INSIGNARES
Annymacein1783@hotmail.com
BOGOTÁ D.C.

Telegrama No. 0084

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832
ACCIONANTES: ANA MARIA CELY INSIGNARES
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y
OTROS

Comuníquese que este Despacho Judicial, mediante sentencia de 27 de enero de 2020, **DECLARO IMPROCEDENTE** la acción de tutela de la referencia, y ordeno notificarlo (s) conforme y en los términos ordenados de la referida sentencia.

El secretario,


NELSON ALVAREZ CASTAÑEDA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 10ª N° 14-33- Piso 13º TELÉFONO 2 82 46 79 BOGOTÁ D.C.
ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señor(a):
COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co
BOGOTÁ D.C.

Telegrama No. 0085

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832
ACCIONANTES: ANA MARIA CELY INSIGNARES
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y
OTROS

Comuníquese que este Despacho Judicial, mediante sentencia de 27 de enero de 2020, **DECLARO IMPROCEDENTE** la acción de tutela de la referencia, y ordeno notificarlo (s) conforme y en los términos ordenados de la referida sentencia.

El secretario,


NELSON ALVAREZ-CASTAÑEDA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 10ª N° 14-33- Piso 13º TELÉFONO 2 82 46 79 BOGOTÁ D.C.
ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señor(a):
SANATORIO AGUA DE DIOS
gerencia@sanatorioaguadedios.gov.co
BOGOTÁ D.C.

Telegrama No. 0086

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832
ACCIONANTES: ANA MARIA CELY INSIGNARES
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y
OTROS

Comuníquese que este Despacho Judicial, mediante sentencia de 27 de enero de 2020, **DECLARO IMPROCEDENTE** la acción de tutela de la referencia, y ordeno notificarlo (s) conforme y en los términos ordenados de la referida sentencia.

El secretario,


NELSON ALVAREZ CASTAÑEDA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veinte (2020).

PROCESO No.: 11001-31-03-042-2019-00832-00
CLASE: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ANA MARÍA CELY INSIGNARES
ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS

Agotado el trámite establecido por la ley se procede a emitir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

ANA MARÍA CELY INSIGNARES, actuando en nombre propio, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, la igualdad, el debido proceso y la seguridad jurídica, los cuales consideró lesionados por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS.

Como sustento fáctico, señaló que en cumplimiento de las previsiones de la Ley 909 de 2004, expidió sendos acuerdos mediante los cuales convocó a concurso abierto de méritos para proveer 65 vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS, de conformidad con la Convocatoria No. 426 de 2016.

Indicó que participó en la misma y superó todas las pruebas aplicadas al interior de la convocatoria, ocupando el tercer puesto en la lista de elegibles del empleo denominado "AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12", ofertado bajo el código OPEC No. 30881, cuya lista de elegibles fue conformada mediante la Resolución No. CNSC-2018110174185 del 05 de diciembre de 2018 y con una vigencia de dos años, según la referida convocatoria.

Agregó que una vez nombrados en los respectivos cargos los dos primeros de la lista, pasó a ocupar el primer lugar de la misma, para en consecuencia ser nombrada en el cargo de "AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12", el cual entró en vacancia definitiva el 15 de mayo de 2019.

Sin embargo, manifestó que ante el silencio de las entidades convocadas, presentó derecho de petición el 18 de junio de 2019 y recurso de reposición en contra del acto administrativo que negó su solicitud el 20 de agosto de 2019, decisión que de igual forma resultó desfavorable a sus intereses y por lo que acude a la jurisdicción constitucional en salvaguarda de sus derechos fundamentales,

pues consideró que la entidad convocada debe hacer una aplicación retrospectiva de las disposiciones contenidas en el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 con la reforma introducida por el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, a fin de suplir otras vacantes no ofertadas en la convocatoria inicial pero que guardan identidad con el cargo al cual aspiró la accionante.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto datado 13 de enero de 2020, se avocó conocimiento de la presente acción, y se ordenó oficiar a las dependencias accionadas, para que se pronunciaran respecto de las pretensiones de la tutela.

La **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SANATORIO AGUA DE DIOS**, apeló a la subsidiariedad para indicar que si bien los hechos de la tutela son ciertos, la accionante omitió informar que presentó recurso de insistencia de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso – Administrativo, por lo que no es el juez de tutela el juzgador natural para el caso sometido al conocimiento de la jurisdicción constitucional.

Por su parte, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** ilustró frente al proceso de selección adelantado al interior de la Convocatoria No. 426 de 2016 y solicitó despachar desfavorablemente las peticiones de la señora **CELY INSIGNARES**, pues de conformidad con las disposiciones aplicables al tema y al momento de la convocatoria pública que se hiciese, no es posible a estas alturas modificar el reglamento de las mismas, en virtud del principio de seguridad jurídica con que se revisten las actuaciones de la administración.

No obstante, pese a que en auto del 14 de enero de 2020 se requirió a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** para que suministrase los datos de las cinco primeras personas que componían la lista de elegibles para el cargo de "**AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12**", la entidad guardó silencio.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela.

El artículo 86 de la Carta dispone que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite *"la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"*. Este mecanismo de protección es excepcional, pues es residual y subsidiario.

De allí que solamente proceda cuando (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento jurídico—caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera principal los derechos fundamentales invocados—, o (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial al alcance del tutelante, este (a) no resulta idóneo ni eficaz para el amparo de los derechos conculcados o amenazados, o (b) la tutela se torna necesaria como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.¹

¹En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que "no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la

Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.

Sobre este punto ha sido extensa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual señala que:

"[...] la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones pertinentes en la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto."²

Es decir, la regla general es que la acción de tutela es improcedente para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos, sin embargo la Corte Constitucional ha dicho que la regla admite dos excepciones:

"(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor."³

Para la primera excepción, se observa que ha sido reiterada la posición de la Corte Constitucional en el sentido de afirmar que la tutela debe ser vista como un instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales de las personas perjudicadas al: i) desconocer el derecho de quien luego de haber agotado el proceso de evaluación, selección o en un concurso de méritos convocado para proveer un cargo, obtiene el primer lugar al final del mismo, ii) ignorar los derechos de la población que goza de protección constitucional reforzada y iii) la entidad encargada del concurso se aparta o desconoce las reglas del concurso, rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso.

Para la segunda excepción, ha enseñado la jurisprudencia constitucional que la valoración de esos mecanismos alternos no debe hacerse en abstracto, sino que en cada caso concreto debe determinarse estrictamente su idoneidad, eficacia y proporcionalidad para lograr el amparo efectivo de los derechos fundamentales invocados sin menoscabar los de otros ciudadanos.

EL CASO CONCRETO

En el caso en examen, los problemas jurídicos a resolver se sintetizan en: i) establecer si las dependencias convocadas vulneran los derechos fundamentales alegados por ANA MARÍA CELY INSIGNARES, al negarse a proferir los actos administrativos de nombramiento en carrera para la vacante "AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12", el cual entró en vacancia definitiva el 15 de mayo de 2019 en la E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS y ii) de ser afirmativo el segundo de los cuestionamientos, determinar la viabilidad de ordenar al CNSC y a la E.S.E. el nombramiento de la accionante en el mentado cargo y por medio de la acción constitucional de tutela.

están autorizadas para solicitar al juez constitucional el amparo de sus derechos fundamentales cuando las providencias, "entendidas como actos emanados de un juez o tribunal", los desconozcan o amenacen.

² Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2010, que reitera lo dicho en sentencias T-514 de 2003, T-435 de 2005, T-368 de 2008 y T-629 de 2008.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2010.

Sea el momento para reiterar que la acción de tutela, por su carácter excepcional, no es el mecanismo para obtener el reconocimiento de derechos cuando exista otra vía de defensa administrativa o judicial dispuesta para ello, excepto si se llegase a configurar un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado con elementos y razones de urgencia e impostergabilidad que precisen acción inmediata del juez constitucional con el fin de evitar tal daño.

Siendo lo anterior así, véase que en el expediente no hay prueba alguna con la cual se muestre que para la accionante sería excesivamente gravoso esperar la decisión a adoptarse por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al interior del trámite del recurso de insistencia que interpuso la accionante en contra del recurso de reposición que fue resuelto por la accionada SANATORIO AGUA DE DIOS, según Resolución No. 10.36.719 del 04 de octubre de 2019, pues ciertamente es y como lo informó la parte pasiva, que en este puntual momento de la actuación administrativa, el juez natural para resolver el caso sometido ante esta juzgadora es el Tribunal Administrativo respectivo, de conformidad con las reglas que rigen el derecho de petición desarrollado en las Leyes 1437 de 2011 y 1755 de 2015:

"ARTÍCULO 26. INSISTENCIA DEL SOLICITANTE EN CASO DE RESERVA. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Si la persona interesada insiste en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada. Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. (...)." (Resaltados del Despachó)

Si lo anterior no resultare suficiente, nótese aquí que la señora ANA MARÍA CELY INSIGNARES no está clasificada como una persona de la tercera edad, en el plenario no aparece que ostente alguna situación de discapacidad determinante que le impida la disputa efectiva de sus derechos en otros escenarios judiciales, ni tampoco que en su núcleo familiar haya una persona con esas características, y ante la falta de una breve exposición de la composición, gastos e ingresos mensuales de la familia de la tutelante es imposible determinar si tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional por bajos recursos económicos.

Así, entonces, esta acción no busca remplazar los procedimientos ordinarios, no es una suerte de instancia adicional a las ya existentes, ni un mecanismo para sustituir otras acciones judiciales, pues su propósito específico es el de otorgar a la persona una protección efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales, de suerte que no se puede pretender que a través de esta especial acción, se adopten determinaciones como las solicitadas, por cuanto el juez constitucional de tutela no está llamado a invadir la autonomía de que gozan otras autoridades jurisdiccionales para sus pronunciamientos, salvo que se den circunstancias de relevancia constitucional que ameriten la toma de decisiones inmediatas para conjurar un daño irreparable, situación que aquí no se encuentra probada, ya que no sólo no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable ni de los hechos expuestos se evidencia su existencia, haciendo improcedente el amparo siquiera como mecanismo directo o transitorio.

Por lo apenas dicho, se declarará la improcedencia de la acción de tutela y por sustracción de materia, nada se resolverá al respecto del segundo problema jurídico formulado por este despacho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela incoada por **ANA MARÍA CELY INSIGNARES**, conforme lo expuesto en la parte considerativa y motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR la anterior determinación, de conformidad lo normado en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 e informar a las partes que contra esta decisión procede únicamente la impugnación, la cual podrá interponerse dentro de los tres días siguientes a su notificación, de conformidad con el artículo 31 *ibidem*.

TERCERO: Si el presente fallo no es impugnado, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, de ser excluida procédase a su archivo.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,



FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ

Bogotá D.C. 29 de enero de 2020

SEÑOR

JUEZ CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C

E. S. D.

JUZGADO 42 CIVIL CTO.

REFERENCIA : ACCIÓN DE TUTELA
PROCESO No : 11001-31-03-042-2019-00832-00
ACCIONANTE : ANA MARIA CELY INSIGNARES
ACCIONADO : COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – E.S.E.
SANATORIO AGUA DE DIOS
ASUNTO : INTERPOSICIÓN DE RECURSO

JAN30'20PM12=27.011282

ANA MARIA CELY INSIGNARES, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 39.582.061 de Girardot-Cundinamarca, por medio del presente escrito concurre ante ustedes con todo respeto, y con el propósito de **INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN** en contra del fallo fechado 27 de enero de 2020, mediante el cual se declaró improcedente, la decisión se argumentó principalmente en el hecho, de que se consideró que de acuerdo a la apreciación del Juez primogénito, que no existía prueba alguna con la cual se muestre que para la accionante, sería excesivamente gravoso esperar la decisión a adoptarse, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al interior del trámite del Recurso de Insistencia, que interpuso la Accionante en contra del recurso de reposición, que fue resuelto por la accionada Sanatorio Agua de Dios, según Resolución No. 10.36.719 del 7 de octubre de 2019, pues ciertamente es y como lo informó la parte pasiva, que en este puntual momento de la actuación administrativa, el juez natural para resolver el caso sometido ante esta juzgadora es el Tribunal Administrativo respectivo, de conformidad con las reglas que rigen el derecho de petición desarrollado en las Leyes 1437 de 2011 y 1755 de 2015. Por considerar que no es el mecanismo para obtener el reconocimiento de derechos, cuando existe otra vía de defensa administrativa o judicial dispuesta para ello, excepto si se llegase a configurar un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado con elementos y razones de urgencia e irrespostergabilidad que precisen acción inmediata del juez constitucional, con el fin de evitar tal daño.

Así mismo se consideró que la suscrita no está clasificada como persona de la tercera edad y que en el plenario no aparece que abstente ninguna situación de discapacidad determinante, que le impida la disputa efectiva de mis derechos en otros escenarios judiciales, ni tampoco que el núcleo familiar haya una persona con estas características, y ante la falta de una breve exposición de la composición, gastos e ingresos mensuales, de la familia de la tutelante, es imposible determinar si tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional por bajos recursos económicos.

Así mismo concluyo:

*“Así, entonces, esta acción no busca remplazar los procedimientos ordinarios, no es una suerte de instancia adicional a las ya existentes, ni un mecanismo para sustituir otras acciones judiciales, pues su propósito específico es el de otorgar a la persona una protección efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales, de suerte que no se puede pretender que a través de esta especial acción, se adopten determinaciones como las solicitadas, **por cuanto el juez constitucional de tutela no está llamado a invadir la autonomía de que gozan otras autoridades jurisdiccionales para sus pronunciamientos,** salvo que se den circunstancias de relevancia constitucional que ameriten la toma de decisiones inmediatas para conjurar un daño irreparable, situación que aquí no se encuentra probada, ya que no sólo no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable ni de los hechos expuestos se evidencia su existencia, haciendo improcedente el amparo siquiera como mecanismo directo o transitorio.”*

Es importante señalar que, dentro de la decisión recurrida, en ningún momento el Juez de Primera Instancia desconoció la violación de mis derechos fundamentales y constitucionales deprecados, cuando la accionada la empresa social del Estado, Sanatorio Agua de Dios, descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, desconoció mi condición de persona, que previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijadas por la Ley, como aspirante, fui seleccionada mediante el sistema de méritos, para integrar el tercer (3°) puesto en la lista de elegibles (vigente por dos años) en el Empleo Público denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera convocatoria E.S.E. En razón que ya se habían agotado los dos primeros puestos de la lista de elegibles y había surgido una vacante a proveer, dentro de la convocatoria referida.

En gracia de discusión de los reparos que tuvo la decisión recurrida, para no amparar los derechos fundamentales y constitucionales violentados, suplico a la instancia de alzada que se dé aplicación al Numeral Primero del Artículo 6, del Decreto 2591 de 1991, en el sentido de que se conceda el amparo, como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, en razón, que el concurso tiene una vigencia de Dos (2) años, y en el caso, que se interponga la acción judicial ordinaria o contencioso administrativa, su durabilidad en el trámite procesal, como mínimo, se tardaría más de Tres (3) años, por lo tanto sería infructuoso el resultado de trámite de dicha decisión, además soy madre cabeza de familia, del menor ANGEL GABRIEL SUAREZ CELY de 5 años, en la actualidad igualmente, estoy sin trabajo y con el empleo del concurso, sería para cubrir los gastos necesarios de mi mínimo vital y de mi menor hijo.

Con respecto a esta situación, es importante traer un breve resumen, tanto desde el punto vista legal, como lo que han conceptuado nuestros máximos Tribunales de Justicia:

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el principio de favorabilidad implica, que en caso de duda en la interpretación de las fuentes formales de derecho a de acogerse aquella más favorable al trabajador.

Violación al DERECHO AL TRABAJO, considero que al haberse acatado un procedimiento de selección no consagrado en la ley se vulnero también el derecho al trabajo.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS

LA CORTE constitucional se ha pronunciado en reiteradas veces sobre este tema es así como traemos a colación apartes de la Sentencia T-397 de 1997 con ponencia del MAGISTRADO ANTONIO BARRERA CARBONEL:

“...Cuando se trata de solicitudes de amparo relacionadas con los actos administrativos, esta Corporación ha precisado la impertinencia de la acción. Ello porque la vía para impugnar dichos actos es la contencioso administrativo y dado el carácter subsidiario de la Tutela, ésta resultaría improcedente excepto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No obstante, la Corte ha admitido la posibilidad de que el juez constitucional ordene la inaplicación de disposiciones legales y de los actos administrativos de carácter general o particular que fueron expedidos con base en aquellas, cuando se acredite plenamente en cada caso particular la existencia de un perjuicio que: (i) produzca de manera cierta y evidente la amenaza grave de un derecho fundamental; (ii) de concretarse el riesgo no sea posible reparar el daño que ello origine; (iii) presente un eminente acaecer; (iv) solo pueda conjurarse mediante la medida de protección; y, (v) dada la naturaleza e importancia de los hechos la urgencia de la tutela de los derechos fundamentales...”

En sentencia T-045 de 2011, la Corte Constitucional con respecto a la procedencia a la acción de tutela contra actos administrativos concretamente en concurso del INPEC, consideró:

“...3.2. En el caso concreto, la Sala considera que la tutela procede para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez (i) que el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante del INPEC se encuentra en desarrollo, es decir, se necesita una acción de protección inmediata; y (ii) no existe otro mecanismo más eficaz que la acción de tutela para evitar la vulneración de sus derechos en juego, primero, porque el peticionario ya agotó los recursos de reclamación ante la entidad accionada, y segundo, porque como bien lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la vía contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en concursos de méritos....”

PRETENSIONES

Solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil, Revoque el fallo atacado dentro de esta Acción de Tutela y como consecuencia de ello, se acceda a amparar mis derechos **FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES** vulnerados, de acuerdo a lo esgrimido en la solicitud de declaraciones de la Acción de Tutela, objeto de esta impugnación, de no accederse a lo anterior suplico se de aplicación al Numeral 1, Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en el sentido de que se conceda como mecanismo transitorio.

PRUEBAS Y ANEXOS

Aporto como pruebas las siguientes:

1. Registro civil de nacimiento de mi menor hijo ANGEL GABRIEL SUAREZ CELY.
2. Declaración extra juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Constitución Política de Colombia

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones Judiciales y administrativas.

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. (...). 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.

Artículo 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la Administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones"

ARTICULO 28. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL INGRESO Y EL ASCENSO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios;

a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos, estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;

b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias, podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;

c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales.

d) Transparencia. En la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección.

f) Garantía de imparcialidad. De los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos.

g) Confiabilidad y validez. De los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;

h) Eficacia en los procesos de selección. Para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo.

i) Eficiencia en los procesos de selección. Sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección

Artículo 4°. Sistemas Específicos De Carrera Administrativa

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan

la función pública. 2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso

El proceso de selección comprende: 1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. 2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad. Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación. (...)

Decreto 407/94 por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

ARTÍCULO 92. APLICACIÓN DE PRUEBAS. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad, potencialidades del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto de las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo.

ARTÍCULO 100. PROMOCIONES Y ASCENSOS. Los empleados escalafonados en carrera penitenciaria tendrán prelación para ser ascendidos a los empleos vacantes de la categoría inmediatamente superior. Todo ascenso deberá producirse mediante curso o concurso, el que debe realizarse para asegurar la igualdad de oportunidades al personal que reúna los requisitos exigidos; se tendrá en cuenta además la antigüedad, méritos laborales, calificación de servicios, cursos de capacitación o especialización y calidades especiales. En el caso de ascenso del personal de Custodia y Vigilancia, además del curso deberán reunir los requisitos de tiempo, antecedentes disciplinarios y demás que para el efecto prevea este estatuto.

ARTÍCULO 143. CONDICIONES DE LOS ASCENSOS. Los ascensos del personal de Oficiales, Suboficiales y Dragoneantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, se conferirán con sujeción al lleno de los siguientes requisitos, de acuerdo con las vacantes existentes. (...) C.) Acreditar aptitud psicofísica certificada por la Caja Nacional de Previsión o su equivalente.

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL SEÑALÓ EN LA SENTENCIA SU-913 DE 2009

Que: (i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales. (...) (iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por los participantes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “ley para las partes” que intervienen en él. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Sentencia T-045/11

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MÉRITOS-Procedencia excepcional

La honorable Corte Constitucional, dispone “que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección son necesarias, pero si pueden ser cuestionables cuando los requisitos requeridos carecen de importancia ante la realización de las funciones del cargo sujeto a concurso. En ese sentido, se ha concluido que para que un criterio de selección no resulte ser inconstitucional, debe ser como mínimo, (i)

razonable, es decir, no puede implicar discriminaciones injustificadas entre persona y, (ii) debe ser un criterio proporcional a los fines para los cuales se establece”.

Con ello conlleva al respeto del orden constitucional, por ende, deben guardar relación con la labor a desempeñar, ser razonables y proporcionales.

Sentencia T-722/14

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MÉRITOS-Procedencia excepcional

Una entidad no vulnera derechos fundamentales cuando elimina de un concurso a un aspirante por no cumplir los requisitos exigidos para participar en el mismo, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones y (iii) la decisión se haya tomado con base en el cumplimiento de las reglas previamente definidas, que consagran un requisito objetivo, que deberá ser, además, (iii.1) razonable, lo que significa que debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo y no puede implicar discriminaciones injustificadas entre las personas y (iii.2) guardar una relación de proporcionalidad frente a los fines para los cuales se establece.

Sentencia de la Corte Constitucional T-441 del 2017, T-160 del 2018, y demás normas y jurisprudencias concordantes y pertinentes

Es de anotar que la Corte Constitucional en la sentencia **T-1266 DE 2008 EN LA PARTE** resolutive concretamente en el punto 4 dispuso:

“...PREVENIR AL REPRESENTANTE legal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para que, en futuro, se abstenga de aplicar reglamentos concursales o proferir decisiones que, fundadas en complejión y estatura, puedan vulnerar el derecho a la igualdad...”

Se vulnero el debido proceso en la **ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA** –garantía fundamental, como lo reseña la **Sentencia T 878/12** “el derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado en el cual todas las autoridades públicas se encuentran obligadas a actuar conforme a los actos y procedimientos establecidos en las normas para la adopción de sus decisiones y, por esa vía, evitar desconocer las garantías reconocidas a los administradores”

En Sentencia **T-798/13**, en un asunto muy similar al que hoy expongo y que fue ventilado ante el Alto Tribunal, señala: “encuentra vulnerado el DERECHO AL DEBIDO PROCESO, TRABAJO ACCESO A CARGOS PÚBLICOS –Vulneración por la CNSC al excluir de concurso para Dragoneantes con fundamento en un requisito que nos es necesario para el adecuado desempeño de las funciones.

Dentro de la misma línea encontramos que la Honorable Corte Constitucional ha dejado precedente jurisprudencial al que me permito referir la Sentencia T-045/11

“...PROPORCIONALIDAD Y RACIONALIDAD DE LOS REQUISITOS MÉDICOS Y FÍSICOS EXIGIDOS PARA EL CARGO DE DRAGONEANTE DEL INPEC – jurisprudencia constitucional en casos en los cuales un requisito de aptitud física para ingresar a un concurso de méritos no es proporcional ni racional, la jurisprudencia ha determinado que existe una presunción de discriminación a favor del actor, y en sede de tutela, la entidad accionada deberá demostrar que la decisión de exclusión del aspirante, está justificada en la relación de la necesidad que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. **COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL -** caso en que se vulneró los derechos fundamentales del peticionario al excluirlo con fundamento en un requisito que no es necesario para el adecuado desempeño de las funciones. Aunque el criterio de exclusión del actor es objetivo, la sala considera que las razones aducidas por la entidad para explicar por qué la desviación septal superior a un 30% en una afección física que no permite el buen desempeño de los dragoneantes son razones subjetivas, no determinantes, y sin fuerza probatoria. Es decir, la decisión de la CNSC no se tomó como se verá a continuación. Si el juez constitucional encuentra que un aspirante es excluido de un concurso de méritos por no cumplir un requisito que es desproporcionado- pues no existe relación de necesidad entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer- la entidad accionada tiene la carga de demostrar lo contrario y superar la presunción de discriminación que existe a favor del actor. La Sala concluye que la Comisión Nacional del Servicio Civil, vulneró el derecho fundamental del actor al acceso y ejercicio de cargos públicos, al excluirlo de la convocatoria No. 127 de 2009 del INPEC, por no cumplir un requisito de aptitud física que resulta desproporcionado, (...)...” (No está subrayado en el texto original, se hizo solo para resaltar).

Atentamente,

ANA MARIA CELY INSIGNARES

CC. No. 39.582.061 de Girardot-Cundinamarca

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D. C., seis (6) de febrero del año dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente: No. 250002341000202000027 - 00
Solicitante: ANA MARÍA CELY INSIGNARES
Demandado: SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E.
Referencia: RECURSO DE INSISTENCIA

Procede la Sala a pronunciarse sobre la solicitud de insistencia remitida por el señor Fernando Arturo Torres Jiménez en calidad de Gerente de la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, radicado en la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación el día 14 de enero del año 2020 (fs. 1 a 6 y 18 a 31), de conformidad con lo previsto en la Ley 1755 de 2015 y el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), debido a la negativa de acceder a la solicitud de Información formulada por la señora Ana María Cely Insignares, en calidad de peticionaria.

I. ANTECEDENTES

1. Trámite del recurso de insistencia

De acuerdo con el artículo 26 la Ley 1755 de 2015 y la Ley 1437 de 2011 (CPACA), en caso de que una persona solicitante insiste en su petición de Información o documentos ante una autoridad que ha negado el acceso a la misma invocando una reserva, resulta necesario dar curso al procedimiento previsto en la norma.¹

De esta forma, la normativa precitada dispone que, en caso de desacuerdo con la negativa de la entidad para brindar la Información solicitada en virtud de una reserva invocada por la misma, el solicitante tiene la facultad

¹ "Artículo 26. Insistencia del solicitante en caso de reserva. Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentran los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada. Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos: (...) Parágrafo. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella."

de interponer un recurso de insistencia dentro del término de diez (10) días siguientes a la diligencia de notificación de la respuesta de la entidad que niega el acceso a dicha información.

La interposición del recurso en el plazo legal establecido para ello, es una carga de la peticionaria y su inobservancia genera consecuencias negativas para el mismo, de tal forma que el recurso es susceptible de ser rechazado si ha sido impetrado por fuera de los diez (10) días que la ley establece.

Una vez revisado el expediente, se evidencia que la petición de la señora Ana María Cely Insignares fue radicada inicialmente el día 10 de diciembre del año 2019 (fl. 3), la cual fue resuelta en el sentido de denegar el acceso a la información, mediante el oficio No. 2019GR100011971 del día 18 de diciembre del año 2019, por parte del Gerente de la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios (fl. 4).

Como consecuencia de lo anterior, la peticionaria contaba con diez (10) días para la interposición del recurso de insistencia a partir del día 21 de diciembre del año 2019, fecha en que le fue notificada la respuesta mediante correo certificado (fl. 31), situación que efectivamente sucedió, toda vez que, la parte solicitante interpuso el recurso de insistencia el día 30 de diciembre del año 2019 (fls. 1 y 2) respecto de la solicitud denegada, encontrándose en el término legal establecido para su procedencia.

2. El contenido específico de la petición

1) Mediante escrito del día 10 de diciembre del año 2019 la señora Ana María Cely Insignares presentó derecho petición (fl. 3), solicitante lo siguiente:

*"Acudo a su Despacho con el objeto de solicitar ordene a quien compete me expida con costas a mi cargo, una copia de la **RESOLUCIÓN** por medio del (sic) cual resuelve proveer un (1) cargo en vacancia definitiva del sistema general de carrera administrativa denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CÓDIGO 4044. GRADO 12, no convocado*

Expediente No. 250002341000202000027-00
Actor: Ana María Cely Insignares
Recurso de Insistencia

en la oferta OPEC No. 30881, es decir, surgido con posterioridad a la convocatoria de concurso de méritos en la Entidad. (...)”

2) El señor Fernando Arturo Torres Jiménez en calidad de Gerente de la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, por medio del oficio No. 2019GR100011971 del día 18 de diciembre del año 2019, resolvió denegar la solicitud documental de que trata el numeral inmediatamente anterior (fl. 4), indicando lo siguiente:

“(...) En atención a su comunicación del día 10 de diciembre de la anualidad, radicada con el No. 3279-2, referida a la solicitud de copia de la Resolución de nombramiento de un empleado público, de manera atenta, emito respuesta haciendo las siguientes precisiones:

1. El derecho de acceso a la información pública tiene límites, y al respecto la Corte Constitucional estableció unas reglas jurisprudenciales, resumidas en la sentencia T-451 de 2011, entre las que está la protección de los derechos fundamentales como es el habeas data.
2. El derecho de habeas data se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política y desarrollado por la Ley 1581 de 2012, regulación que en su artículo 5, define qué información constituye dato sensible, esto es, información que se relaciona con la intimidad de la persona, y para lo cual su tratamiento para fines diferentes a su vinculación laboral requiere autorización en virtud de lo establecido en el artículo 6 y 8 de la Ley *ibidem*.
3. El acto administrativo del cual la petionaria solicita copias contiene datos sensibles, información que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1712 de 2014, no es de obligatoria publicación, y en consecuencia su tratamiento es restringido.

En consecuencia dado que no hemos sido autorizados para el suministro de la información solicitada por contener datos personales de la funcionaria vinculada, el Sanatorio de Agua de Dios E.S.E. no accede a su petición.”

3) Posteriormente, obra en el expediente el oficio con radicado del 30 de diciembre del año 2019 (fl. 1), mediante el cual la solicitante Ana María Cely Insignares, presentó escrito de insistencia en la información solicitada ante la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios.

4) Finalmente, el día 14 de enero del año 2020, la autoridad pública requerida en aplicación de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y Ley 1755 de 2015, remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la solicitud documental presentada por el señor Julián Penagos Correa, para resolver el recurso de Insistencia elevado frente a la reserva de la Información exigida en el escrito radicado inicialmente (fis. 1 a 6 y 18 a 31 vltos.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia y Legitimación

Procede la Sala a establecer la competencia para resolver el recurso de Insistencia interpuesto respecto de una Información administrada por la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, y solicitada por la señora Ana María Cely Insignares.

En el presente asunto, la entidad pública ante la cual se solicita la documentación presuntamente reservada, es decir, la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, es una entidad pública descentralizada del orden nacional, de naturaleza especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, integrante del Sistema General de Seguridad Social en Salud, transformada en empresa social del Estado, mediante Decreto 1288 de 1994 y vinculada al Ministerio de Salud, tiene como objeto la especial prestación del servicio de salud a cargo del Estado, a los enfermos de Hansen y sus convivientes, con carácter de servicio público e igualmente prestar el servicio de salud a toda la comunidad y como parte de la Seguridad Social bajo el Régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, con jurisdicción en todo el territorio nacional en razón a su carácter de entidad pública nacional, de conformidad con el Decreto 3040 de 1997.

Por su parte, se pone de presente que en aplicación de lo establecido en el artículo 104 de la Ley 1437 del año 2011 (CPACA), los asuntos que conoce la

Jurisdicción Contenciosa Administrativa son aquellas controversias en las cuáles se encuentren involucradas entidades públicas o particulares que ejerzan funciones administrativas.

En ese sentido, la señora Ana María Cely Insignares en calidad de solicitante, quien fue la persona que presentó la petición inicial el día 10 de diciembre del año 2019 (fi. 3), se encuentra legitimada dentro del presente trámite, por ser la misma persona quien mediante escrito radicado el día 30 de diciembre del año 2019 (fis. 1 y 2), insistió ante la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios.

De lo anterior es viable concluir que, el presente trámite es de competencia de la jurisdicción, como quiera que se encuentra un conflicto respecto de una entidad pública y un particular, tal como lo establece el artículo 104 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA). Además de lo anterior, se tiene que la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios tiene naturaleza entidad del orden nacional, siendo entonces competente el presente Tribunal de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)

2. Caso Concreto

En el asunto bajo estudio, la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, denegó la solicitud de información elevada por la señora Ana María Cely Insignares. La información solicitada se relaciona con información respecto de la Resolución por medio de la cual resuelve proveer un (1) cargo en vacancia definitiva del sistema general de carrera administrativa denominado *Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 12*.

Evaluada los presupuestos normativos, la Sala **accederá a la información** solicitada de la referencia, por cuanto, se advierte que en su totalidad no se encuentra amparada por reserva legal para el caso concreto, de conformidad con lo siguiente:

1) El artículo 15 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

La Sala advierte que como quiera que se trata de la restricción al ejercicio de un derecho constitucional como lo es el de Información y consulta de los documentos que reposen en las oficinas públicas, el establecimiento de dicha limitación solo puede hacerse mediante ley en sentido formal, es decir, aquella expedida por el Congreso de la República con base en los artículos 150 a 152 de la Constitución Política y con el procedimiento preestablecido para el efecto o, excepcionalmente, a través de decretos con fuerza de ley, como lo son los decretos extraordinarios expedidos por el Presidente de la República en uso de las facultades especiales que le pueden ser conferidas por el órgano legislativo en aplicación de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 constitucional, los dictados por esa misma autoridad en desarrollo de los estados de excepción previstos en los artículos 212 a 215 de la Constitución, el artículo 341 de la Constitución sobre regulación de planeación nacional o en normas supranacionales ratificadas por Colombia.

Lo anterior significa que no es posible establecer excepciones o reservas al derecho de petición para obtener información a través de normas que no tengan carácter constitucional o legal, como por ejemplo, por medio de decretos reglamentarios u otro tipo de normas de rango inferior, y mucho menos es posible consagrarlas mediante convenio entre particulares o por medio de cláusulas o estipulaciones contractuales, por la sencilla pero suficiente razón de que tal hipótesis no se encuentra prevista o autorizada por el constituyente ni por el legislador.

Para el evento en que la administración niegue la consulta o la expedición de copias de documentos, aduciendo razones de reserva legal, el artículo 24 de la citada Ley 1755 de 2015, previó que el peticionario puede insistir en su pretensión.

En lo atinente a las restricciones al derecho fundamental a la Información, la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente²:

"(...) el acceso a la información encuentra su limitación, entre otros, en los derechos a la intimidad y al habeas data. Para resolver las tensiones que se presentan entre estas garantías fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las Leyes Estatutarias 1266 de 2008, y 1581 de 2012 han caracterizado distintos tipos de información.

Una primera tipología distingue entre la información personal y la impersonal. De conformidad con el literal c del artículo 3º de la Ley 1581 de 2012, el dato personal es "cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables;

(...) En la sentencia T-161 de 2011, la Corte estableció que respecto de documentos públicos que contengan información personal privada y semiprivada, el derecho al acceso a documentos se ejerce de manera indirecta, por conducto de las autoridades administrativas o judiciales y dentro de los procedimientos respectivos, y sólo los documentos públicos que contengan información personal pública pueden ser objeto de libre acceso." (Negrillas fuera de texto).

Conforme a la directriz jurisprudencial en cita, la información se encuentra clasificada en consideración al nivel de restricción que pese sobre la misma de lo cual dependerá su acceso a los peticionarios, teniendo en cuenta la afectación de los derechos fundamentales del titular a la dignidad, la libertad y la Intimidad.

Por su parte, de un análisis detallado del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se desprende que las limitaciones al derecho a la Información deben ser excepcionales en una sociedad democrática donde se haga efectivo el interés público, por lo que deben ser (I) adecuadas para su objetivo, (II) proporcionales y (III) su interferencia en el goce del derecho debe ser mínima, de ahí que si se pretende acceder ella debe realizarse un test en el que se ponderen dichos criterios.

² Corte Constitucional. Sentencia T-828 de 2014.

Adicional a lo anterior, la respuesta negativa que proporcione la autoridad debe estar fundamentada proveyéndole al peticionario de las explicaciones sobre la normatividad que regula la reserva y los motivos por los cuales resulta aplicable a su situación concreta, de ahí que no baste con invocar la causal de forma general sin precisar con exactitud la relación entre el postulado legal y circunstancias tales como el contexto de la solicitud y el interés que le asiste al peticionario.

2) Se observa que al revisar las normas sobre reserva documental advertida por la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, se encuentra contenida en el artículo 9º de la Ley 1412 del año 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, la cual establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 9o. INFORMACIÓN MÍNIMA OBLIGATORIA RESPECTO A LA ESTRUCTURA DEL SUJETO OBLIGADO. Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan:

- a) La descripción de su estructura orgánica, funciones y deberes, la ubicación de sus sedes y áreas, divisiones o departamentos, y sus horas de atención al público;
- b) Su presupuesto general, ejecución presupuestal histórica anual y planes de gasto público para cada año fiscal, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011;
- c) Un directorio que incluya el cargo, direcciones de correo electrónico y teléfono del despacho de los empleados y funcionarios y las escalas salariales correspondientes a las categorías de todos los servidores que trabajan en el sujeto obligado, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas;
- d) Todas las normas generales y reglamentarias, políticas, lineamientos o manuales, las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos y los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestal e indicadores de desempeño;
- e) Su respectivo plan de compras anual, así como las contrataciones adjudicadas para la correspondiente vigencia en lo relacionado con funcionamiento e inversión, las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y en caso de los servicios de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley

1474 de 2011. En el caso de las personas naturales con contratos de prestación de servicios, deberá publicarse el objeto del contrato, monto de los honorarios y direcciones de correo electrónico, de conformidad con el formato de Información de servidores públicos y contratistas;
f) Los plazos de cumplimiento de los contratos;
g) Publicar el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011.

PARÁGRAFO 1o. La información a que se refiere este artículo deberá publicarse de tal forma que facilite su uso y comprensión por las personas, y que permita asegurar su calidad, veracidad, oportunidad y confiabilidad.

PARÁGRAFO 2o. En relación a los literales c) y e) del presente artículo, el Departamento Administrativo de la Función Pública establecerá un formato de información de los servidores públicos y de personas naturales con contratos de prestación de servicios, el cual contendrá los nombres y apellidos completos, ciudad de nacimiento, formación académica, experiencia laboral y profesional de los funcionarios y de los contratistas. **Se omitirá cualquier información que afecte la privacidad y el buen nombre de los servidores públicos y contratistas, en los términos definidos por la Constitución y la ley.**

PARÁGRAFO 3o. Sin perjuicio a lo establecido en el presente artículo, los sujetos obligados deberán observar lo establecido por la estrategia de gobierno en línea, o la que haga sus veces, en cuanto a la publicación y divulgación de la información."

Al respecto, se pone de presente lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 24 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), adicionado por la Ley 1755 del año 2015, el cual establece que *solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y materias especiales allí determinadas,*

"Ley 1755 del 2015

Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

(...)

**DERECHO DE PETICIÓN ANTE AUTORIDADES
REGLAS ESPECIALES.**

ARTÍCULO 24. INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

(...)

3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

(...) **PARÁGRAFO.** Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 sólo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información." (Resalta la Sala).

En consecuencia, se advierte que la reserva establecida en el artículo 24 de la Ley 1755 del 2015, sobre la información que involucra derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica; dicha reserva es aplicable al caso concreto, dada la naturaleza de la norma por la cual se fija la reserva.

Así las cosas, para la Sala es claro que en las hojas de vida y los expedientes laborales y de prestaciones sociales de los trabajadores se consagran datos que ostentan la calidad de públicos, semiprivados y privados.

3) Sobre los datos personales y el derecho a la intimidad, la Corte Constitucional³ ha precisado que estos se clasifican en públicos, semiprivados y privados. El dato público, corresponde a aquellos que sean calificados de esa manera por la Constitución y la ley, al igual que todos los que no estén incluidos en las categorías de datos semiprivados y privados.

³ Sentencias T-729 del 5 de septiembre de 2002 y C-1011 del 16 de octubre de 2008, ambas del Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Los datos semiprivados corresponde a aquellos que no tienen naturaleza íntima, reservada, ni pública y que, por ende, su conocimiento puede interesar no solo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general. Ejemplo de esta categoría es el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios.

Por último, el dato privado es aquel que por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular como la *Información genética*, y los llamados "datos sensibles" o relacionados con la Ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, entre otros.

Tal como lo estableció la sala plena de la Corte Constitucional en la sentencia C - 951 del 4 de diciembre del año 2014 con ponencia de la Magistrada Martha Victoria Sáchica Méndez, no todos los datos que reposan en las hojas de vida, la historia laboral, los expedientes pensionales y demás registros de personal están cobijados por la reserva, sino solamente aquellos que tocan con el ámbito privado e íntimo de las personas, que se ha considerado como *datos sensibles*. Por el contrario, no estarán sujetos a reserva aquellos datos que tengan relevancia pública y no encajen en la categoría de datos personales sensibles.

Al respecto, el artículo 5º de Ley Estatutaria 1581 de 2012 "*Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*" define los datos sensibles de la siguiente manera:

"Artículo 5º. Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por **datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación**, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, **la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.**" (Negrillas adicionales de la Sala).

Igualmente, en la Sentencia C-748 de 6 de octubre del año 2011, la sala plena de la Corte Constitucional expuso la importancia de salvaguardar la información sensible, debido a su estrecho vínculo con el derecho a la Intimidad, así:

"La jurisprudencia constitucional ha precisado que las características de los datos personales son las siguientes:

- i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural,*
- ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos;*
- iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y*
- iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación."* (Resalta la Sala).

En consecuencia, la información sobre datos sensibles que deben ser protegidos con reserva, es la que efectivamente esté relacionada con aspectos exclusivos de una persona natural y permita identificarla de manera directa o indirecta.

4) Bajo el anterior contexto, se pone de presente que la información solicitada tiene relación con la Resolución por medio de la cual resuelve proveer un (1) cargo en vacancia definitiva del sistema general de carrera administrativa denominado *Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 12*.

Así las cosas, para la Sala es claro que parte de la información administrada por la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios relacionada con los documentos por los cuales se proveen cargos de naturaleza pública, no es información que deba ser objeto de reserva, concretamente la solicitada por la señora Ana María Cely Insignares, por cuanto, no permite la divulgación de información que haga parte del derecho a la Intimidad, razón por la cual, su acceso no vulnera el citado derecho, por lo que frente a ella no es aplicable el numeral 3º del artículo 24 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA).

Adicionalmente, respecto de la solicitud se tiene que las calidades de los funcionarios públicos y los datos de nombramiento, es información que debe ser de acceso público en atención a la naturaleza pública de la misma Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, por lo cual, no es Información reservada.

6) En consecuencia de lo anterior, la Sala concluye que la decisión adoptada por el señor Fernando Arturo Torres Jiménez en calidad de Gerente de la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, al denegar totalmente el acceso a la Información solicitada frente a datos de la Resolución por medio de la cual resuelve proveer un (1) cargo en vacancia definitiva del sistema general de carrera administrativa denominado *Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 12*, no se encuentra conforme a derecho, razón por la cual, se accederá a la Información solicitada en el sentido ordenar expedir a costa del solicitante la documentación citada, por las razones expuestas.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: Accédese a la petición de Información presentada por la señora Ana María Cely Insignares, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

En consecuencia, **ordénase** al Gerente de la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de esta decisión, expida a costa de la solicitante la Resolución por medio de la cual resuelve proveer un (1) cargo en vacancia definitiva del sistema general de carrera administrativa denominado *Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 12*, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

Expediente No. 250002341000202000027-00
Actor: Ana María Cely Insignares
Recurso de Insistencia

Segundo.- Notifíquese personalmente al Gerente de la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, mediante el medio más expedito empleado por la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación, acompañado de fotocopia de la misma.

Tercero.- Comuníquese mediante el medio más expedito empleado por la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación a la señora Ana María Cely Insignares.

Cuarto.- Cumplido lo anterior, previas las constancias secretariales, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.


OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado


FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado


MOISÉS RODRIGO MAZABÉL PINZÓN
Magistrado

Cely Insignares



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. 2020GR100003831

Fecha: 17-02-2020

Agua de Dios

Señora
ANA MARÍA CELY
Carrera 53 B No 5 - 11 Barrio San Rafael - Galán
Bogotá D.C.

Asunto. Cumplimiento fallo – Recurso de Insistencia. Exp: 25000-23-41-0002019-1061.

Reciba un cordial saludo del Sanatorio de Agua de Dios ESE.

En atención a la decisión de la subsección B de la Subsección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la actuación del expediente No 25000-23-41-0002019-1061, comedidamente, remitimos con esta comunicación, fiel copia de la Resolución 10.36.456 de 2019 por la se efectúa un nombramiento en provisionalidad

Cordialmente,


FERNANDO ARTURO TORRES JIMÉNEZ
Gerente

Anexo: lo anunciado en un (1) folio.

Proyectó: Ruby Arcia / Abogada Externa

RESOLUCIÓN No. 10.36.456 DE 2019
(Julio 15)

Por la cual se efectúa un nombramiento en provisionalidad

EL GERENTE DEL SANATORIO DE AGUA DE DIOS
EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO

En uso de sus atribuciones legales y estatutarias conferidas en el artículo 20 del Decreto 3040 de 1997, artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, y demás normas concordantes,
y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 establece que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, el empleo de carrera vacante de manera definitiva puede proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Que el Coordinador del Grupo de Talento Humano de la entidad, certificó que existe una vacante en forma definitiva del cargo **Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 12**, el cual no hizo parte de la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC reportada a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, para ser convocado a concurso de mérito en la convocatoria No 426 de 2016, dado que a la fecha se encontraba desempeñado por personal del carrera como así lo evidencia la Resolución No 10.36.361 del 14 mayo de 2019, por la cual se acepta una renuncia.

Que de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, las listas de elegibles solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacantes de los empleos que inicialmente fueron objeto de concurso de méritos, por lo que la vacante actualmente existente en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 12, no deberá proveerse usando la conformada mediante Resolución No CNSC-20182110170835 del día 05-12-2018.

Que con el fin de garantizar la continuidad del servicio y no requiriendo autorización alguna por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveerlo, el empleo en vacancia definitiva será provisto en provisionalidad, previa verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo, para lo cual no procede el encargo, dado que no existe en la planta un cargo que sea inmediatamente inferior al que se encuentra vacante.

Que el Coordinador del Grupo de Talento Humano de la entidad, verificó y certificó que es procedente nombrar con carácter provisional a **BREGETH ANDREA GALEANO GONGORA**, identificado(a) con cédula de ciudadanía número 1.071.987.353 de Agua de Dios, quien cumple con los requisitos y las competencias exigidas para el empleo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12, exigidos en el Manual Específico de

..... Por una humanidad protegida y sin Lepra

Continuación de la Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019 "Por la cual se efectúa un nombramiento en provisionalidad"

Funciones y de Competencias Laborales de la Entidad y demás normas y disposiciones concordantes.

Que en consecuencia es procedente efectuar el nombramiento provisional.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

Artículo 1. Nombramiento en provisionalidad. Nombrar con carácter PROVISIONAL a, **BREGETH ANDREA GALEANO GONGORA**, identificado(a) con cédula de ciudadanía número 1.071.987.353, en el cargo de **Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 12**, de la planta globalizada del Sanatorio de Agua de Dios E.S.E., con una asignación básica mensual de un millón trescientos noventa y cuatro mil ciento un pesos (\$1.394.101,00) moneda corriente, y mientras se surte el proceso de selección para la provisión definitiva del empleo.

Artículo 2. Compúlsese copia de la presente resolución al Coordinador del grupo de Talento Humano para que haga el trámite institucional correspondiente a la vinculación de **BREGETH ANDREA GALEANO GONGORA**.

Artículo 3. Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Agua de Dios (Cundinamarca), a los quince (15) días del mes de Julio de dos mil diecinueve (2019)


FERNANDO ARTURO TORRES JIMÉNEZ
Gerente

Elaboró: Hernán Sánchez Parra – Coordinadora Talento Humano
Ruby Milena Arcia Márquez – Asesor Jurídica

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Of. 305 C
Conmutador 4233390 Fax Ext. 8350, 8351.

Señor
ANA MARIA CELY
annymacein1783@hotmail.com

JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO.
CARRERA 10 No 14-33 PISO 13
ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
notificacionesjudiciales@cnscc.gov.co

SANATORIO AGUA DE DIOS
gerencia@sanatorioaguadedios.gov.co
Ciudad

19 FEB 2020

AT – 2310
RAD. 110013103042201900832

COMUNIQUE QUE MAGISTRADO (a) HILDA GONZALEZ NEIRA MEDIANTE PROVIDENCIA CALENDADA DIECISIETE (17) de FEBRERO de DOS MIL VEINTE (2020) DECRETO LA NULIDAD DENTRO DE LA ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA POR ANA MARIA CELY CONTRA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO PUNTO EN CONSECUENCIA SE REMITIRA AL JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO. CIVIL DEL CIRCUITO PUNTO

ATENTAMENTE,


JORGE ENRIQUE MOSQUERA RAMÍREZ
SECRETARIO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ, D. C.
SALA CIVIL**

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veinte (2020)

1.- Sería la oportunidad para resolver la impugnación formulada contra el fallo de tutela de fecha 27 de enero de 2020 proferido por el Juzgado 42 Civil del Circuito de esta ciudad, dentro de la acción tutelar instaurado por Ana María Cely Insignares contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, y el Sanatorio Agua de Dios E.S.E, si no fuera porque es necesario evitar que se incurra en una causal de nulidad de carácter insanable.

2.- De la revisión de la encuadernación se vislumbra que la actuación a que se ha hecho referencia se encuentra viciada de nulidad, específicamente la contemplada en el numeral 8° del artículo 133 del Código General del Proceso, aplicable en materia de tutela por remisión del artículo 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015 (que recoge el canon 4° del Decreto 306 de 1992, reglamentario del 2591 de 1991), como quiera que de los documentos obrantes en el paginario, no aparece evidente la vinculación y notificación a los intervinientes que conforman *la lista de elegibles de la resolución No CNSC- 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018*; siendo necesaria su comunicación, dado que la sentencia que se adopte dentro de esta acción constitucional podría

generarles algún provecho o perjuicio, siendo ellos personas que pertenecen a la lista de elegibles por concurso de méritos en aquel acto administrativo.

3.- Lo anterior, obedece a lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1.4 del Decreto 1069 de 2015, según el cual, las decisiones que se surtan en el juicio constitucional deben ser notificadas "*a las partes o intervinientes*" con lo que se garantiza a los terceros, en el presente asunto a todas aquellas personas que, junto con la accionante integran la lista de elegibles de la Resolución antes aludida, la protección de sus intereses que pueden verse afectados con la determinación que legalmente y en derecho se profiera por el Juez Constitucional. Aunado a lo anterior, el art. 16 del Decreto 2591/91, ordena que las providencias que se profieran en desarrollo de la acción de tutela "*se notificarán a las partes o intervinientes por el medio que el juez considere más expedito y eficaz*".

4.- Por lo tanto, con base en las anteriores razones y conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, se imponía la vinculación en primera instancia, de los antes nombrados, trámite que al no haber sido adelantado, deviene en la nulidad contemplada en el numeral 8° del artículo 133 ya citado, preceptiva que resulta aplicable a la acción de tutela en virtud de lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto 306 de 1992.

5.- Consecuencia de lo anterior, se hace necesario disponer la devolución del expediente a efectos de que la *a quo* realice las labores tendientes a integrar el contradictorio en debida forma de la personas prenombradas.

Por lo demás, su vinculación *in extremis* en esta instancia, no resulta procedente, porque de hacerlo se incurriría en otra causal de

nulidad, insubsanable por cierto, cuál sería la pretermisión total de la instancia anterior (artículo 133 numeral 2º del C.G.P.)

DECISIÓN:

En mérito de lo así expuesto, la suscrita Magistrada Sustanciadora **RESUELVE:**

PRIMERO. – DECLARAR la nulidad de todo lo actuado en la presente acción de tutela, a partir del auto que avocó conocimiento calendado 13 de enero de 2020, sin perjuicio de la validez de las pruebas practicadas, conforme lo establecido en el inciso 2º del artículo 138 del Estatuto General del Proceso.

SEGUNDO. – En consecuencia, se ordena a la Cuarenta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, que proceda a notificar la tutela, por el medio más expedito, integrando el contradictorio y/o vinculando a los intervinientes que conforman *la lista de elegibles de la resolución No CNSC- 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018*; en orden a lo cual deberá **RENOVAR** la actuación anulada, de acuerdo con los lineamientos consignados en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. - Devuélvase el expediente al Juzgado de origen y comuníquese lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada
(42201900832 01)

Doctora:
FLOR MARGOTH GONZALEZ FLÓREZ
JUEZ 42 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA

FEB 28 2020 12:33 31107

PROCESO No: 11001-31-03-042-2019.00832-00
CLASE: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: ANA MARIA CELY INSIGNARES
ACCIONADO: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – E.S.E.
SANATORIO DE AGUA DE DIOS

Para su conocimiento, consideración y fines legales pertinentes apporto como prueba documental sobreviniente a esta acción de la referencia, una fiel y auténtica copia del fallo del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCION PRIMERA. SUBSECCION B**, proferida el 6 de febrero de 2020 que resolvió mi **RECURSO DE INSISTENCIA** formulado en contra de la negativa de acceso a la información¹, por parte del doctor Fernando Arturo Torres Jiménez en calidad de Gerente de la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios., mediante el oficio No. 2019GR100011971 del 18 de diciembre de 2019.

En cumplimiento del fallo proferido por el alto Tribunal Administrativo, mediante el Radicado No. 2020GR100003831 de fecha: 17-02-2020, el representante legal del Sanatorio me remite fiel copia de la **Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019**, mediante la cual efectúa un nombramiento en provisionalidad en el cargo de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12**, de la planta globalizada del Sanatorio. **Anexo lo anunciado.**

Con el citado acto administrativo anexo, queda evidenciado que el doctor Fernando Arturo Torres Jiménez en calidad de Gerente de la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios, "omite" el numeral 4² del Artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

¹ Mi petición del 10 de diciembre de 2019, solicitando: "Acudo a su Despacho con el objeto de solicitar ordene a quien compete me expida con costas a mi cargo, una copia de la **RESOLUCIÓN** por medio del cual resuelve proveer un (1) cargo en vacancia definitiva del sistema general de carrera administrativa denominado **AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CÓDIGO 4044. GRADO 12**, no convocado en la oferta **OPEC No. 30881**, es decir, surgido con posterioridad a la convocatoria del concurso de méritos en la Entidad."

² 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

He de resaltar que hasta la fecha de mi petición con Radicado No. 16792 de fecha: 18-06-2019, solicitando al Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS Empresa Social del Estado de la rama ejecutiva del Orden Nacional, "el agotamiento de la lista de elegibles para la Convocatoria N°. 426 de 2016", teniendo en cuenta la vacante definitiva del 15 de mayo de 2019, denominado Auxiliar Administrativo. CÓDIGO 4044. Grado 12, por renuncia de la titular, no había sido provisto en provisionalidad o con personal de carrera administrativa en encargo.

Es importante resaltar que en respuesta al auto datado del 13 de enero de 2020, dentro de esta acción constitucional para que se pronunciaran respecto de las pretensiones de la tutela, a la **ACTUACION PROCESAL** se manifiesta:

*"Por su parte, la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** ilustró frente al proceso de selección adelantado al interior de la convocatoria No. 426 de 2016 y solicitó despachar desfavorablemente las peticiones de la señora **CELY INSIGNARES**, pues de conformidad con las disposiciones aplicables al tema y al momento de la convocatoria pública que se hiciese, no es posible a estas alturas modificar el reglamento de las mismas, en virtud del principio de seguridad jurídica con el que se revisten las actuaciones de la administración." Subraya fuera del texto.*

No obstante lo anterior, siete (7) días después (sic) de "solicitar despachar desfavorablemente mis peticiones", de manera amplia, contundente y oportuna, la misma Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, en el **CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019"** de la sesión del 16 de enero de 2020, en **RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**³, expone:

"De conformidad con lo expuesto, (...) y para proveer nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", enténdase, 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 el número de OPEC." (Subraya Fuera del texto). Anexo lo anunciado.

y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surian con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad. Negrilla y subraya fuera del texto.

³ ¿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?

Previamente, casi cuatro (4) meses antes, esta misma Comisión en su ACUERDO No. 2019000008736 del 06-09-2019, de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, dispuso:

ARTICULO 1°. ACCIONES PARA DISPONER DE LA INFORMACIÓN NECESARIA. (...).

1. (...)
2. **Abstenerse de reportar empleos que cuenten con lista de elegibles vigente y suficiente. (Negrilla fuera del texto).**

No puede pasar desapercibido que cuando en esta misma **ACTUACION PROCESAL** se manifiesta: ***"No obstante, pese a que en auto del 14 de enero de 2020 se requirió a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO NACIONAL CIVIL para que suministrase los datos de las cinco primeras personas que componían la lista de elegibles para el cargo de "AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 grado 12, la entidad guardó silencio."*** (Negrilla y subraya fuera del texto), quedó evidenciado que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC **no solo no atiende**⁴ el referido auto; sino que, **tampoco lo resuelve** allegando el documento solicitado⁵ en el término dispuesto en el Artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 (sustituye el Artículo 14, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011), con la consecuencia del vicio de nulidad vislumbrado por la H, Magistrada Ponente, Dra. Hilda González Neira del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su decisión del diecisiete (17) de febrero de dos mil veinte (2020).

Atentamente,


ANA MARIA CELY INSIGNARES
C. C. N° 39.582.061 de Girardot

⁴ **LEY 1755 DE 2015. Artículo 31. Falta disciplinaria. La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código, constituirán falta para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con el régimen disciplinario.**

⁵ La Resolución No. CNSC-2018110174185 del 05 de diciembre de 2018, mediante la cual se conforma la lista de elegibles del empleo denominado: AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 4044. Grado 12, ofertado bajo el código OPEC No. 30881

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 10ª N° 14-33- Piso 13° TELÉFONO 2 82 46 79 BOGOTÁ D.C.
ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señor(a):
ANA MARIA CELY INSIGNARES
Annymacein1783@hotmail.com
BOGOTÁ D.C.

Telegrama No. 0259

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832
ACCIONANTES: ANA MARIA CELY INSIGNARES
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y
OTROS

Comuníquese que este Despacho Judicial, mediante sentencia de 27 de febrero de 2020, **DECLARO IMPROCEDENTE** la acción de tutela de la referencia, y ordeno notificarlo (s) conforme y en los términos ordenados de la referida sentencia.

El secretario,


NELSON ALVAREZ CASTAÑEDA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 10ª N° 14-33- Piso 13° TELÉFONO 2 82 46 79 BOGOTÁ D.C.
ecto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señor(a):
COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
notificacionesjudiciales@cncs.gov.co
BOGOTÁ D.C.

Telegrama No. 0260

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832
ACCIONANTES: ANA MARIA CELY INSIGNARES
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y
OTROS

Comuníquese que este Despacho Judicial, mediante sentencia de 27 de febrero de 2020, **DECLARO IMPROCEDENTE** la acción de tutela de la referencia, y ordeno notificarlo (s) conforme y en los términos ordenados de la referida sentencia.

El secretario,


NELSON ALVAREZ CASTAÑEDA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 10ª N° 14-33- Piso 13° TELÉFONO 2 82 46 79 BOGOTÁ D.C.
ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señor(a):
SANATORIO AGUA DE DIOS
gerencia@sanatorioaguadedios.gov.co
BOGOTÁ D.C.

Telegrama No. 0261

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA No. 2019-0832
ACCIONANTES: ANA MARIA CELY INSIGNARES
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y
OTROS

Comuníquese que este Despacho Judicial, mediante sentencia de 27 de febrero de 2020, **DECLARO IMPROCEDENTE** la acción de tutela de la referencia, y ordeno notificarlo (s) conforme y en los términos ordenados de la referida sentencia.

El secretario,

X 
NELSON ALVAREZ CASTAÑEDA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020).

PROCESO No.: 11001-31-03-042-2019-00832-00
CLASE: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ANA MARÍA CELY INSIGNARES
ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS

Agotado el trámite establecido por la ley se procede a emitir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

ANA MARÍA CELY INSIGNARES, actuando en nombre propio, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, la igualdad, el debido proceso y la seguridad jurídica, los cuales consideró lesionados por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS.

Como sustento fáctico, señaló que en cumplimiento de las previsiones de la Ley 909 de 2004, expidió sendos acuerdos mediante los cuales convocó a concurso abierto de méritos para proveer 65 vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS, de conformidad con la Convocatoria No. 426 de 2016.

Indicó que participó en la misma y superó todas las pruebas aplicadas al interior de la convocatoria, ocupando el tercer puesto en la lista de elegibles del empleo denominado "AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12", ofertado bajo el código OPEC No. 30881, cuya lista de elegibles fue conformada mediante la Resolución No. CNSC-2018110174185 del 05 de diciembre de 2018 y con una vigencia de dos años, según la referida convocatoria.

Agregó que una vez nombrados en los respectivos cargos los dos primeros de la lista, pasó a ocupar el primer lugar de la misma, para en consecuencia ser nombrada en el cargo de "AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12", el cual entró en vacancia definitiva el 15 de mayo de 2019.

Sin embargo, manifestó que ante el silencio de las entidades convocadas, presentó derecho de petición el 18 de junio de 2019 y recurso de reposición en contra del acto administrativo que negó su solicitud el 20 de agosto de 2019, decisión que de igual forma resultó desfavorable a sus intereses y por lo que acude a la jurisdicción constitucional en salvaguarda de sus derechos fundamentales,

pues consideró que la entidad convocada debe hacer una aplicación retrospectiva de las disposiciones contenidas en el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 con la reforma introducida por el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, a fin de suplir otras vacantes no ofertadas en la convocatoria inicial pero que guardan identidad con el cargo al cual aspiró la accionante.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto datado 13 de enero de 2020, se avocó conocimiento de la presente acción, y se ordenó oficiar a las dependencias accionadas, para que se pronunciaran respecto de las pretensiones de la tutela.

La **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SANATORIO AGUA DE DIOS**, apeló a la subsidiariedad para indicar que si bien los hechos de la tutela son ciertos, la accionante omitió informar que presentó recurso de insistencia de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso – Administrativo, por lo que no es el juez de tutela el juzgador natural para el caso sometido al conocimiento de la jurisdicción constitucional.

Por su parte, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** ilustró frente al proceso de selección adelantado al interior de la Convocatoria No. 426 de 2016 y solicitó despachar desfavorablemente las peticiones de la señora **CELY INSIGNARES**, pues de conformidad con las disposiciones aplicables al tema y al momento de la convocatoria pública que se hiciese, no es posible a estas alturas modificar el reglamento de las mismas, en virtud del principio de seguridad jurídica con que se revisten las actuaciones de la administración.

No obstante, pese a que en auto del 14 de enero de 2020 se requirió a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** para que suministrase los datos de las cinco primeras personas que componían la lista de elegibles para el cargo de *"AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12"*, la entidad guardó silencio.

Luego de estudiar lo pretendido por el accionante, se procedió a emitir fallo el 27 de enero de 2020, por medio del cual se declaró improcedente la acción erigida por **ANA MARÍA CELY INSIGNARES** y por cuanto existen otros mecanismos en la jurisdicción para reclamar lo pedido por esta vía. Enteradas las partes de la decisión referida, la actora impetró recurso de impugnación contra tal y, como su manifestación fue hecha dentro del término legal, se concedió la alzada.

Remitidas las diligencias ante el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, éste en su calidad de superior funcional dentro de la presente acción, dispuso en auto del 17 de febrero de 2020, declarar la nulidad de lo actuado en aras de lograr la vinculación de los intervinientes que conforman la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC-20182110170835 del 05 de diciembre de 2018 y teniendo en cuenta que la sentencia a proferirse podría, eventualmente, producir efectos jurídicos contra ellos, vulnerando el derecho de defensa a los concursantes.

Dando cumplimiento a la decisión adoptada por el *Ad-Quem*, en auto de 20 de febrero de 2020, esta falladora ordenó dar cumplimiento a la orden del Superior y por lo que se requirió a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, a fin de que procediera a informar al Despacho los datos de notificación de las personas convocadas por orden del Superior.

Así las cosas, recibida la información por parte de la COMISIÓN, en correo electrónico del 26 de febrero de 2020 se procedió a notificar a JOSÉ GUILLERMO TRUJILLO MÁYORGA, LEIDY JAZMIN RAMIREZ OLIVEROS, CRSTIAN ANDRÉS MARTÍNEZ MARTINEZ, YESICA CAROLINA TOVAR LUCUARA y BERTHA NELLY BOHORQUEZ MACÍAS. Sin embargo, los mismos no se pronunciaron al interior de la causa que se resuelve.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela.

El artículo 86 de la Carta dispone que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite *"la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"*.

Este mecanismo de protección es excepcional, pues es residual y subsidiario.

De allí que solamente proceda cuando (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento jurídico—caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera principal los derechos fundamentales invocados—, o (ii) cuando existiendo otro medio de defensa judicial al alcance del tutelante, este (a) no resulta idóneo ni eficaz para el amparo de los derechos conculcados o amenazados, o (b) la tutela se toma necesaria como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.¹

Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.

Sobre este punto ha sido extensa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual señala que:

*"[...] la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones pertinentes en la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto."*²

Es decir, la regla general es que la acción de tutela es improcedente para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos, sin embargo la Corte Constitucional ha dicho que la regla admite dos excepciones:

"(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para

¹En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que "no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado" y, por lo tanto, las personas están autorizadas para solicitar al juez constitucional el amparo de sus derechos fundamentales cuando las providencias, "entendidas como actos emanados de un juez o tribunal", los desconozcan o amenacen.

² Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2010, que reitera lo dicho en sentencias T-514 de 2003, T-435 de 2005, T-388 de 2008 y T-670 de 2009.

amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.¹³

Para la primera excepción, se observa que ha sido reiterada la posición de la Corte Constitucional en el sentido de afirmar que la tutela debe ser vista como un instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales de las personas perjudicadas al: i) desconocer el derecho de quien luego de haber agotado el proceso de evaluación, selección o en un concurso de méritos convocado para proveer un cargo, obtiene el primer lugar al final del mismo, ii) ignorar los derechos de la población que goza de protección constitucional reforzada y iii) la entidad encargada del concurso se aparta o desconoce las reglas del concurso, rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso.

Para la segunda excepción, ha enseñado la jurisprudencia constitucional que la valoración de esos mecanismos alternos no debe hacerse en abstracto, sino que en cada caso concreto debe determinarse estrictamente su idoneidad, eficacia y proporcionalidad para lograr el amparo efectivo de los derechos fundamentales invocados sin menoscabar los de otros ciudadanos.

EL CASO CONCRETO

En el caso en examen, los problemas jurídicos a resolver se sintetizan en: i) establecer si las dependencias convocadas vulneran los derechos fundamentales alegados por ANA MARÍA CELY INSIGNARES, al negarse a proferir los actos administrativos de nombramiento en carrera para la vacante "AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 4044 Grado 12", el cual entró en vacancia definitiva el 15 de mayo de 2019 en la E.S.E. SANATORIO AGUA DE DIOS y ii) de ser afirmativo el segundo de los cuestionamientos, determinar la viabilidad de ordenar al CNSC y a la E.S.E. el nombramiento de la accionante en el mentado cargo y por medio de la acción constitucional de tutela.

Sea el momento para reiterar que la acción de tutela, por su carácter excepcional, no es el mecanismo para obtener el reconocimiento de derechos cuando exista otra vía de defensa administrativa o judicial dispuesta para ello, excepto si se llegase a configurar un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado con elementos y razones de urgencia e impostergabilidad que precisen acción inmediata del juez constitucional con el fin de evitar tal daño.

Por lo apenas dicho y lo esbozado en la parte considerativa de esta decisión, esta Sede Judicial encuentra, que en principio la petición de la accionante no resultaría procedente, puesto que para su discusión, este cuenta con mecanismos ordinarios de resolución ante la jurisdicción contencioso administrativa, y debería entonces entrar a evaluarse la ocurrencia, o no, de un perjuicio irremediable.

En este caso, no se observa que se hayan desconocido los derechos de posición de la señora ANA MARÍA CELY INSIGNARES comoquiera que el Proceso de Selección No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E.S.E., ofertó dos vacantes para el cargo No. 90881 denominado Auxiliar Administrativo Código 404 Grado 12 del Sistema General de Carrera Administrativa de la E.S.E. Sanatorio de Agua de Dios y en la cual la accionante ocupó la tercera posición.

Asimismo, con las pruebas aportadas a esta célula judicial no se puede advertir que hubiera un desconocimiento total, o parcial, de las reglas del concurso. En tanto este, se desarrolló sin saltarse ninguna fase, ni eximir a ninguna persona, ni tampoco calificando de forma diferente a ningún concursante.

De otro lado, tampoco aparece que haya habido una ruptura de la imparcialidad con que debían actuar la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL o la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ni mucho menos que los resultados hubieran sido manipulados. Estos dos últimos puntos, de contenido forzosamente relacional que debían demostrarse al menos con la comparación de otros concursantes en igualdad de condiciones.

Si lo dicho no fuera suficiente, véase que si bien en decisión del 27 de enero de 2020 (fol. 100), se declaró a la improcedencia de la presente acción por estar pendiente las resultas del recurso de insistencia impetrado por la actora, en lo tocante la negativa de la E.S.E. Sanatorio de Agua de Dios de entregarle copia de la resolución por medio de la cual hizo un nombramiento en provisionalidad en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 404 Grado 12 que no fue ofertado con la apertura de la Convocatoria No. 426, y que éste medio impugnativo durante el curso de la presente tutela fue resuelto favorablemente a la actora (fol. 3137 y ss.), lo cierto es que revisado el mentado acto administrativo (folio 152), éste se advierte ajustado a derecho dentro de las competencias de la jurisdicción constitucional.

Siendo lo anterior así, no se mostró que las pretensiones de la parte tutelante, no puedan ser atendidas en las acciones pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (*acción de cumplimiento – acción de nulidad simple – acción de nulidad y restablecimiento del derecho*), con petición de suspensión provisional, trámite que aparece justo, proporcionado y respetuoso de los principios de excepcionalidad de la acción de amparo y de primacía de los mecanismos ordinarios. En el estado de cosas apenas relatado debe recordarse lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-713 de 2006:

"[...] es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos." (Negrillas fuera de original).

Lo anterior atendiendo en que, en el caso específico de la señora ANA MARÍA CELY INSIGNARES, no aparece la ocurrencia de ninguna situación de especial atención que implique respecto de este la imposibilidad o una grave dificultad para litigar sus pretensiones en la sede judicial respectiva.

Elo, por cuanto de lo visto en el plenario la señora ANA MARÍA CELY INSIGNARES no está clasificada como una persona de la tercera edad, no aparece que ostente alguna situación de discapacidad determinante que le impida la disputa efectiva de sus derechos en otros escenarios judiciales, ni tampoco que en su núcleo familiar haya una persona con ésas características, y ante la falta de una

breve exposición de la composición, gastos e ingresos mensuales de la familia de la tutelante es imposible determinar si tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional por bajos recursos económicos.

Así, entonces, esta acción no busca remplazar los procedimientos ordinarios, no es una suerte de instancia adicional a las ya existentes, ni un mecanismo para sustituir otras acciones judiciales, pues su propósito específico es el de otorgar a la persona una protección efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales, de suerte que no se puede pretender que a través de esta especial acción, se adopten determinaciones como las solicitadas, por cuanto el juez constitucional de tutela no está llamado a invadir la autonomía de que gozan otras autoridades jurisdiccionales para sus pronunciamientos, salvo que se den circunstancias de relevancia constitucional que ameriten la toma de decisiones inmediatas para conjurar un daño irreparable, situación que aquí no se encuentra probada, ya que no sólo no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable ni de los hechos expuestos se evidencia su existencia, haciendo improcedente el amparo siquiera como mecanismo directo o transitorio.

Por lo apenas dicho, se declarará la improcedencia de la acción de tutela y por sustracción de materia, nada se resolverá al respecto del segundo problema jurídico formulado por este despacho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela incoada por **ANA MARÍA CELY INSIGNARES**, conforme lo expuesto en la parte considerativa y motiva del presente proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR la anterior determinación, de conformidad lo normado en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 e informar a las partes que contra esta decisión procede únicamente la impugnación, la cual podrá interponerse dentro de los tres días siguientes a su notificación, de conformidad con el artículo 31 *ibidem*.

TERCERO: Si el presente fallo no es impugnado, REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, de ser excluida procédase a su archivo.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,



FLOR MARGOTH GONZÁLEZ FLOREZ

Bogotá, D.C., 2 de marzo de 2020

Doctora:

FLOR MARGOTH GONZÁLEZ FLÓREZ
JUEZ CUARENTA Y DOS (42) CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D. C.

JUZGADO 42 CIVIL CTO.

ccto42bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

MAR 2º 28PM 3º24 011982

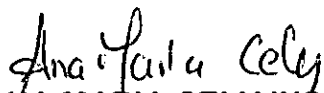
E. S. D.

Ref. – APELACION DE FALLO (febrero 27 de 2020)
Proceso: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No. 2019-0832
Accionante: ANA MARIA CELY INSIGNARES
Accionado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS

Acudo ante Su Despacho, a efecto de interponer oportuna y legalmente Recurso de Apelación en contra de su **FALLO** de primera instancia proferido en el proceso de la referencia el pasado veintisiete (27) de Febrero de dos mil veinte (2020).

Anexo sustentación del recurso de apelación ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Atentamente,


ANA MARIA CELY INSIGNARES
C. C. N° 39.582.061 de Girardot

Bogotá, D.C., 2 de marzo de 2020

Honorable:

**TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL (Reparto)**

E. S. D.

Ref. – APELACION DE FALLO (febrero 27 de 2020)

Proceso: ACCIÓN DE TUTELA

Radicación No. 2019-0832

Accionante: ANA MARIA CELY INSIGNARES

Accionado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS

ANA MARIA CELY INSIGNARES, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 39.582.061 de Girardot-Cundinamarca, por medio del presente escrito concurre ante ustedes con todo respeto, y con el propósito de **INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN** en contra del fallo de primera instancia proferido en el proceso de la referencia el pasado 27 de febrero de 2020, mediante el cual se **DECLARÓ IMPROCEDENTE**.

Considerando que la decisión se argumenta el hecho de que la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SANATORIO DE AGUA DE DIOS**, de que la accionante omitió informar que presentó recurso de insistencia de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, he de resaltar:

Durante el trámite de esta actuación sobrevino el fallo del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCION PRIMERA. SUBSECCION B**, proferida el 6 de febrero de 2020 que resolvió mi **RECURSO DE INSISTENCIA** formulado en contra de la negativa de acceso a la información¹, por parte del doctor

¹ Mi petición del 10 de diciembre de 2019, solicitando: "Acudo a su Despacho con el objeto de solicitar ordene a quien compete me expida con costas a mi cargo, una copia de la **RESOLUCIÓN** por medio del cual resuelve proveer un (1) cargo en vacancia definitiva del sistema general de carrera administrativa denominado **AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CÓDIGO 4044. GRADO 12**, no convocado en la oferta **OPEC No. 30881**, es decir, surgido con posterioridad a la convocatoria del concurso de méritos en la Entidad."

Fernando Arturo Torres Jiménez en calidad de Gerente de la Empresa Social del Estado Sanatorio de Agua de Dios E., mediante el oficio No. 2019GR100011971 del 18 de diciembre de 2019.

En cumplimiento del fallo proferido por el alto Tribunal Administrativo, mediante el Radicado No. 2020GR100003831 de fecha: 17-02-2020, el representante legal del Sanatorio me remite fiel copia de la **Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019**, mediante la cual efectúa un nombramiento en provisionalidad en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12, de la planta globalizada del Sanatorio. **Anexé lo anunciado.**

He de resaltar que hasta la fecha de mi petición con Radicado No. 16792 de fecha: 18-06-2019, solicitando al Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS Empresa Social del Estado de la rama ejecutiva del Orden Nacional, "el agotamiento de la lista de elegibles para la Convocatoria N°. 426 de 2016", teniendo en cuenta la vacante definitiva del 15 de mayo de 2019, denominado Auxiliar Administrativo. CÓDIGO 4044. Grado 12, por renuncia de la titular, **no había sido provisto en provisionalidad o con personal de carrera administrativa en encargo.**

La interpretación expuesta por el representante legal (Gerente) de la Empresa Social SANATORIO DE AGUA DE DIOS en su respuesta negativa a mi petición, es contraria a los principios y valores constitucionales que inspiran el mérito como condición principal de acceso a los cargos públicos de carrera administrativa, y al alcance de los artículos 53 y 125 superiores, pues evidentemente las reglas de la convocatoria No. 426 de 2016 - ESE, prevista en el Acuerdo No. 20161000001276 del 28 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos Nos. 20161000001416 del 30 de septiembre de 2016, 20161000001466 del 23 de noviembre de 2016 y 20181000000026 del 12 de enero de 2018 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000002346 del 18 de junio de 2018, establece que las listas de elegibles son el insumo para la provisión de las vacantes definitivas de los empleos objeto de la convocatoria, **y predicar la idoneidad de la lista de elegibles únicamente para la provisión de los empleos reportados a la fecha de la convocatoria, implica desconocer directamente su eficacia durante el término de vigencia de dos (2) años**, situación que no se enmarca dentro del contexto axiológico de acceso y ascenso a cargos públicos de carrera administrativa.

Ir en contra del alcance del PARÁGRAFO 1° del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, es contrario al alcance del principio de in dubio pro operario consagrado en el artículo 53 de la C. N, referente a la necesidad de interpretar la duda en favor

del trabajador, y en este caso el destinatario de la protección es el integrante de la lista de elegibles, que demostró objetivamente sus méritos para acceder al empleo, y con mejor derecho. El alcance de la disposición plantea una duda razonable que debe interpretarse en favor del accionante, relativa a la idoneidad de la lista de elegibles para proveer específicamente los mismos empleos inicialmente provistos cuando en su titular converjan algunas de las causales de retiro del servicio previstas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y la hermenéutica más benéfica no es otra que predicar la posibilidad de utilizar estas listas para el nombramiento en periodo de prueba en las vacantes del empleo provisto inicialmente por los primeros integrantes, sin el entendimiento que el retiro del servicio debe provenir de estos elegibles nombrados inicialmente en virtud de la convocatoria, pues de lo contrario, se insiste, se reduciría la idoneidad de la lista de elegibles a los primeros nombramientos, cuando la regulación indica una vigencia de dos (2) años.

Esta hermenéutica fue precisamente la expuesta en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, modificatoria del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando expresamente refiere:

“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.

En ninguno de los acápites de la Ley 1960 de 2019 refiere que tales imperativos rigen a partir de convocatorias futuras, siendo necesario invocar el principio de interpretación jurídica relativo a ***“cuando la ley no distingue, no es viable al intérprete distinguir”***.

Lo contrario, implicaría que pese a ostentar todos los méritos para el nombramiento en periodo de prueba en el Empleo Público denominado AUXILIAR

ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12, ofertado bajo el código OPEC No. 30881 del sistema general de carrera de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, para el cual concursé, aprobé todas las etapas del proceso, y demostré un mejor derecho, no se me permita el acceso pese a que para el 15 de Mayo de 2019 existía una vacante definitiva en el mismo empleo, generada por renuncia de la Empleada Pública de carrera administrativa, señora MIREYA GONGORA TERREROS; sino que, fuera provisto por méritos hasta una nueva próxima convocatoria (no se sabe cuándo), lo cual evidentemente es contrario al fundamento constitucional expuesto.

La Constitución Política al regular la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión, dispone:

“ARTICULO 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. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

(...)

De la misma manera, la Ley 909 de 2004, al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, establece:

“ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

(...)

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

“ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar

este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”. (Subrayado nuestro)

“ARTÍCULO 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño”.

De lo anterior, se concluye que la Constitución Política establece que el ingreso, el ascenso y la provisión de cargos públicos de carrera administrativa se deben realizar mediante procesos de mérito y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

Por considerar que no es el mecanismo para obtener el reconocimiento de derechos, cuando existe otra vía de defensa administrativa o judicial dispuesta para ello, excepto si se llegase a configurar un perjuicio irremediable, el cual ha de estar probado con elementos y razones de urgencia e irrespostergabilidad que precisen acción inmediata del juez constitucional, con el fin de evitar tal daño.

Toda vez que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SANATORIO DE AGUA DE DIOS, apeló a la subsidiariedad para indicar que, si bien los hechos de la tutela son ciertos, la accionante omitió informar que presentó recurso de insistencia de conformidad con el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso – Administrativo, al respecto manifiesto:

Con el objeto de garantizar que sean los méritos los que sirvan de baremo objetivo para la provisión de la carrera administrativa, con fundamento en la Resolución No. 20182110170835 del 05 de Diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, considerando que el empleo vacante definitivamente es equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles donde me encuentro (3° lugar), y toda vez que cumplo con los requisitos del empleo a proveer; presento al Gerente del Sanatorio la siguiente petición:

- 1.1. Ruego me informe de las vacantes que existen en la Entidad para el mismo cargo o similares al que concursé.

La Ley 909 del 2004, señala en el literal d) del artículo 14 lo siguiente: **“Elaborar y aprobar el Plan Anual de Empleos Vacantes de acuerdo con los datos proporcionados por las diferentes entidades y dar traslado del mismo a la Comisión Nacional del Servicio Civil”.**

Toda vez que el empleo **en vacancia definitiva desde el 15 de mayo de 2019**, a la fecha de mi petición no ha sido provisto con empleados en provisionalidad o con personal de carrera administrativa en encargo, al respecto, la Sentencia C – 1175 de 2005 reconoció que en situaciones administrativas especiales antes de darse el encargo debe tenerse en cuenta a los empleados de carrera que cumplan los requisitos:

“6.6 Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente. En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación”.

Superé las pruebas aplicadas en la Convocatoria N°. 426 de 2016 - ESE, ocupando el **tercer (3°) puesto en la lista de elegibles** del empleo de carrera denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado12, ofertado bajo el código OPEC No. 30881 de la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, conformada mediante la Resolución CNSC – 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018, que tiene una **vigencia de dos (2) años** ofertados a través de la Convocatoria N°. 426 de 2016 - ESE.

Es importante resaltar que, en respuesta al auto datado del 13 de enero de 2020, dentro de esta acción constitucional para que se pronunciaran respecto de las pretensiones de la tutela, a la **ACTUACION PROCESAL** se manifiesta:

***“Por su parte, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL ilustró frente al proceso de selección adelantado al interior de la convocatoria No. 426 de 2016 y solicitó despachar desfavorablemente las peticiones de la señora CELY INSIGNARES, pues de conformidad con las disposiciones aplicables al tema y al momento de la convocatoria pública que se hiciese, no es posible a estas alturas modificar el reglamento de las mismas, en virtud del principio de seguridad jurídica con el que se revisten las actuaciones de la administración.”** Subraya fuera del texto.*

No obstante lo anterior, **siete (7) días después** (sic) de “solicitar despachar desfavorablemente mis peticiones”, de manera amplia, contundente y oportuna,

la misma Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, en el **CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019”** de la sesión del 16 de enero de 2020, en **RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**², expone:

“De conformidad con lo expuesto, (...) y para proveer 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 el número de OPEC.” (Subraya Fuera del texto). Anexo lo anunciado.

Previamente, casi cuatro (4) meses antes, esta misma Comisión en su ACUERDO No. 2019000008736 del 06-09-2019, de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, dispuso:

ARTICULO 1°. ACCIONES PARA DISPONER DE LA INFORMACIÓN NECESARIA. (...).

1. (...)
2. **Abstenerse de reportar empleos que cuenten con lista de elegibles vigente y suficiente.** (Negrilla fuera del texto).

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC; es decir, la misma que ilustró frente al proceso de selección adelantado al interior de la convocatoria No. 426 de 2016, y solicitó despachar favorablemente mis pretensiones, previamente en la CIRCULAR 0117 julio 29 de 2019, imparte a los Representantes Legales y Jefes de Unidades de Personal de entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley - procesos de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos.

1. Derecho preferencial de encargo de los servidores de carrera administrativa del Sistema General, Sistemas Específicos o Especiales de

² ¿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?

origen legal y de los Sistemas Especiales a los que por orden de la Ley les aplica transitoriamente la Ley 909 de 2004.

Los servidores de carrera tienen el derecho preferencial a ser encargados en los empleos de carrera administrativa vacantes de forma definitiva o temporal, siempre que acrediten los requisitos definidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019.

(...)

-. Por determinarse procedente la provisión definitiva del empleo, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 (órdenes de provisión definitiva, el cual incluye el nombramiento en período de prueba con la lista de elegibles resultante de un proceso de selección).

El Decreto 1083 de 2015, **vigente para la fecha de inicio de la Convocatoria N°. 426 de 2016**, reglamenta algunos aspectos relevantes en torno a la provisión de vacancias definitivas y temporales en los empleos de carrera.

“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. Negrilla y subraya fuera del texto.

(...)

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

(...)"

El Decreto 1083 de 2015 está vigente para la fecha de inicio de la convocatoria 426 de 2016, y no fue modificado o sustituido por la Ley 1960 de 2019.

A su manifestación de que existe otra vía de defensa administrativa o judicial dispuesta para ello, es importante manifestar que si bien cuento con un medio subsidiario, en materia de concurso de méritos, la H. Corte Constitucional ha considerado la falta de idoneidad del medio de control ante la jurisdicción contencioso administrativa para la protección integral de los derechos a la igualdad, debido proceso, trabajo y acceso a los cargos públicos, sobre el particular, en la sentencia SU 613 de 2002 se expuso lo siguiente:

"(...). 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 solo 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.”

En el mismo sentido axiológico, la H. Corte Constitucional reflexionó lo siguiente en la Sentencia SU 913 de 2009:

“Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto [25], en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es los suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos. (Negrilla y subraya fuera del texto).

5.2 Considera la Corte que en materia de concurso 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”.

En este contexto, es claro para el Despacho que en materia de nombramiento de integrantes de listas de elegibles producto de concurso de méritos, se ha estimado por la doctrina constitucional la procedencia de la acción de tutela, cediendo el requisito de subsidiaridad, pues aun cuando existen los mecanismos de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, estos no son idóneos, ni expeditos para evitar la configuración de perjuicio irremediable, máxime

cuando se predica en el caso particular una vigencia de 2 años de la lista de elegibles.”

La Corte Constitucional en la Sentencia C-1175/05. Referencia: expediente D-5781. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, respecto de los requisitos para que pueda efectuarse la **PROVISION PROVISIONAL DE EMPLEOS POR VACANCIA DEFINITIVA**, considera:

*“Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; **que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil**; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; **y, que no haya lista de elegibles vigente**. En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y **sólo por el tiempo que dure la situación**.”*

Respecto de la “vacante definitiva”, la Ley 909 del 2004, señala en el literal d) del artículo 14 lo siguiente: **“Elaborar y aprobar el Plan Anual de Empleos Vacantes de acuerdo con los datos proporcionados por las diferentes entidades y dar traslado del mismo a la Comisión Nacional del Servicio Civil”**.

Con el objeto de garantizar que sean los méritos los que sirvan para la provisión de la carrera administrativa, la Corte Constitucional en la Sentencia T-112 del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, respecto de la autorización del uso de listas de elegibles, considera:

5. La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa

Esta Corporación en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que *“las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, **son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme**”*[9]. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que **obligan** tanto a los participantes como **a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas**[10] **y resultan inmodificables**. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad,

todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa. Negrilla y subraya fuera del texto.

En este sentido, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

3.4. La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.”

(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.” [11] (Subrayado fuera de texto).

Por otra parte, dentro de las convocatorias y como pauta del concurso, es posible que por parte del legislador o de la misma entidad convocante, se permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido esta corporación en distintos fallos.

El primero de ellos se presentó en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995[12], una norma especial que el legislador, en

ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que **cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.**[13] Negrilla y subraya fuera del texto.

(...).

6. Normas de carrera administrativa aplicables al caso concreto

Esta corporación ha expresado en distintas oportunidades que la carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el artículo 125 de la Carta política, es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público[15]. En este sentido, la carrera administrativa funge, entonces, como un principio y una garantía constitucional[16].

En desarrollo de este principio se han adoptado diferentes regulaciones que para el caso concreto se traducen en primer lugar en la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 11, literal e) de dicha normatividad la CNSC debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia.

La misma norma en el literal f) contempla también dentro de las funciones de administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil la de *"f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior."*

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 (abril 21), en su artículo 7° establecía, antes de su reforma por el Decreto 1894 de 2012, la forma en que debía hacerse la provisión definitiva de los empleos de carrera:

"7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. 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.

7.3. 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.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general. (Subrayado fuera de texto)

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Subrayado fuera de texto)

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad."

Ahora bien, el artículo 8 del mismo Decreto 1227 de 2005 indica que "Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera.". A su vez el párrafo transitorio del citado artículo señala que La CNSC podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique con base en razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por estricta necesidad del servicio. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Sin embargo, la misma norma prevé que *"el nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada".* [17]Negrilla y subraya fuera del texto.

Por su parte, el artículo 33 antes de ser modificado por el Decreto 1894 de 2012, establecía el deber de *"utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel."* [18](Subrayado fuera de texto).

(...)

En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC, **para una entidad que reporte una vacancia definitiva**, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias. Negrilla y subraya fuera del texto.

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado **a partir de la Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad**, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo. Negrilla y subraya fuera del texto.

Ahora bien, es oportuno señalar que en el año 2012 se expidió el Decreto 1894 que modificó la normativa reseñada en cuanto eliminó los órdenes de provisión contenidos en los numerales 7.5 y 7.6 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005[19]. Igualmente modificó el artículo 33 de dicho decreto eliminando la posibilidad de que la respectiva entidad utilizara las listas de elegibles para proveer vacantes en el mismo empleo o en empleos equivalentes. **Sin embargo, el ámbito de aplicación de la nueva norma debe seguir la consideración general de que las pautas de la convocatoria son inmodificables, obligando a la entidad convocante y a quienes participan sin que puedan verse variadas porque de lo contrario esto conduciría a vulnerar la confianza legítima y el principio de buena fe.** Subraya fuera del texto.

Así, visto en conjunto la normativa aplicable al concurso en el que la accionante participó, se desprende la evidente posibilidad de utilizar las listas de elegibles para proveer empleos de carrera administrativa iguales o equivalentes al que participó que se encuentren vacantes definitivamente. Subraya fuera del texto.

Considerando que el representante legal de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS en respuesta al numeral 3, me indica:

“Obligatoriedad de nombramiento en vacante definitiva en virtud de lista de elegibles en cargos diferentes a los de la OPEC. En relación con la información que reporta en fundamento a su consideración de obligatoriedad de aplicación de lista de elegibles para proveer cargos con condiciones iguales o similares al empleo que fue convocado a concurso de méritos, nos permitimos precisar que mediante Resolución N° CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018 por la cual se conforma la lista de elegibles para el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, indica literalmente en su artículo 1º.” Conformer la lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera administrativa Auxiliar Administrativo. Grado 12. Código 4044 de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 30881”, de lo cual, en el marco de la presunción de legalidad de los actos administrativos, la lista de elegibles allí contenida, solo me es obligatoria para proveer el número de vacantes ofertadas por el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12 en la Convocatoria No. 426 de 2016” – negrilla y subraya son mías -, al respecto le manifiesto:

Mi recurso de insistencia del documento, es porque con probar que posteriormente a mi petición, el 15 de julio de 2019, el Gerente de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ contrario a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2.2.5.3.1³ (***Provisión de las vacancias definitivas***), y el numeral 4⁴ y **PARÁGRAFO 1º⁵** del

³Las 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

⁴4. 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.

⁵**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 específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

artículo 2.2.5.3.2 (**Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera**) del Decreto 1083 de 2015, ha nombrado y posesionado en “provisionalidad” en el Empleo público de carrera denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12, que estaba en “vacancia definitiva” desde el 15 de mayo de 2019, a la hija de la que renuncia.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-112 del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, respecto de la autorización del uso de listas de elegibles, considera:

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

En el Acuerdo 159 de 2011 (Mayo 10), de la CNSC “*Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004*”, se hace referencia en el capítulo I del Título II a la conformación y uso de las listas de elegibles. Concretamente el artículo 11 preceptúa:

“Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente, producto de la Convocatoria, la CNSC autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del presente Acuerdo.” Negrilla y subraya son mías.

⁵**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 específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*

En cuanto al Banco Nacional de Listas de Elegibles, el citado acuerdo, en el artículo 20, indica que se conforma de:

1. **Listas de elegibles de la entidad:** son las listas de elegibles conformadas dentro del proceso de selección, para la provisión de empleos de carrera de una entidad en particular.
2. **Listas generales de elegibles:** Se trata de la agrupación de las listas de elegibles en firme y vigentes, conformadas dentro de la convocatoria para los empleos objeto del concurso, organizadas en orden de mérito y acorde a los parámetros establecidos en cada convocatoria.

Para el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, preceptúa el artículo 22 ídem:

"Artículo 22. Uso de listas de elegibles de la entidad. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la Comisión Nacional del Servicio Civil verifique que se agotó el quinto orden de provisión establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, la CNSC, aplicando la definición de empleo equivalente establecida en el numeral 8°, artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar."

Para la provisión de vacantes definitivas, la CNSC debe verificar si dentro de las listas de elegibles conformadas para la entidad solicitante existe alguna conformada para empleos iguales o equivalentes. En caso de que existan listas de elegibles para empleos equivalentes en la misma entidad, la CNSC utiliza dicha lista en estricto orden de mérito; **en caso contrario, aprueba el uso de las listas generales de elegibles**, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 ídem: Negrilla y subraya fuera del texto.

"Artículo 23. Uso de listas generales de elegibles. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la CNSC verifique que con la aplicación del criterio establecido en el artículo anterior no fue posible realizarla, se procederá al uso de las listas generales de elegibles, a través del mecanismo de postulaciones."

*Parágrafo. El uso de listas generales de elegibles se realizará de manera exclusiva por el mecanismo de postulaciones, salvo que pueda proveerse con algunos de los numerales que anteceden en el orden de provisión establecido por el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005"*Negrilla y subrayas fuera del texto.

El mecanismo de postulación al que hace referencia la norma, se utiliza para el uso de las listas generales que conforman el Banco Nacional de Listas de Elegibles, el cual permite a un elegible manifestar su interés de ser nombrado en un empleo diferente al que concursó. Negrilla y subraya fuera del texto.

La misma COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), desde mucho tiempo antes a la Convocatoria No. 426 de 2016 – ESE, para conformar la lista de elegibles (Resolución No. 20182110170835 del 05 de Diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS), mediante la **CIRCULAR CNSC 005 de fecha: 23 de Julio de 2012**, ya instrúa que en todo caso, **previo a proveer por encargo una vacante definitiva de un empleo de carrera, la entidad deberá solicitar sin excepción la respectiva autorización** ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual debe cumplir los siguientes requisitos para ser otorgada:

- a) **Solicitud de autorización** suscrita y firmada por el Representante Legal de la entidad o quien tenga delegada dicha función, caso en el cual deberá remitir copia del acto administrativo de delegación;
- b) La solicitud deberá contener la manifestación de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1° del Decreto 4968 del 7 de diciembre de 2007;
- c) Indicar el número de empleos a proveer, así como la manifestación clara y expresa de la denominación, código y grado, conforme a lo dispuesto en los Decretos 785 de 2005 y 2489 de 2006;
- d) **Indicar si el empleo fue reportado a la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC**, señalando su código de identificación;
- e) Certificación suscrita por el Representante Legal de la entidad, mediante la cual manifieste que se agotó el procedimiento establecido en el numeral 2.1.1 de la presente circular y que el servidor público con derechos de carrera cumple con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004;
- f) Certificación suscrita por el Representante Legal de la entidad, mediante la cual manifieste que el empleo para el que se solicita autorización se encuentra en **vacancia definitiva** y que no está siendo desempeñado por servidor alguno;

g) En caso de requerir prórroga para la provisión mediante encargo, la solicitud deberá presentarse a la CNSC, con mínimo un (1) mes de antelación.

También, el citado Decreto 1083 de 2015, en el Artículo 2.2.5.3.1. **Provisión de las vacancias definitivas**. Inciso segundo, literalmente dispone:

“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.” Negrilla y subrayas son mías.

Respecto de los nombramientos y posesiones en provisionalidad **posteriores** al 27 de Junio de 2019, la Ley 1960 de 2019, en el Artículo 1 (modifica el artículo 24 de la Ley 909 de 2004). PARÁGRAFO 2, literalmente dispone:

“Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.” Negrilla y subraya son mías.

En la Resolución No. 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018 para la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, me encuentro en el tercer (3°) lugar, y cumplo con los requisitos del empleo a proveer que estaba vacante a la fecha de mi petición.

Considerando que el Gerente del Sanatorio de Agua de Dios – Empresa Social del Estado me indica que no está obligado a hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución N° CNSC - 20182110170835 del 05-12-2018 para proveer el cargo en vacancia definitiva desde el 15 de mayo de 2019, del cual hago mención en mi solicitud, dado que no hizo parte de la OPEC en la Convocatoria No. 426 de 2016”, al respecto le indico:

La Corte Constitucional en la Sentencia C-319 de 2010, considera

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

De lo anterior, se infiere razonablemente que a partir de la Sentencia C-319 de 2010, **“la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad”**, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo.

Como siempre el Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E. S. E. ha manifestado la imposibilidad de acceder a mi petición, por cuanto las listas de elegibles únicamente pueden servir de insumo para el nombramiento de las vacancias definitivas de los mismos empleos inicialmente provistos, considerando la inaplicabilidad en el caso concreto del artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, por el principio de irretroactividad de la norma, al respecto manifiesto:

El 9 del presente año, el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE MEDELLÍN, actuando a favor del mérito, dentro de la acción de tutela instaurada por MARIA CAMILA ARROYAVE ARIAS, ciudadana que se encontraba dentro de las mismas circunstancias fácticas y jurídicas a las mías, al encontrarse en una lista de elegibles territorial en Bello, Antioquia, le fueron tutelados sus derechos fundamentales.

Lo más valioso de dicho fallo es que da aplicación a la retrospectividad, y expone de manera clara y contundente la forma en la cual se debe aplicar la Ley 1960 de 2019, por lo cual fundamentó su decisión en:

4.5. La retrospectividad de las normas de cara a situaciones jurídicas consolidadas.

4.5.1. Por regla general las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas.

4.5.2. Excepcionalmente regirán retroactivamente, que a las luces de la sentencia T – 564 de 2015, se configura cuando:

“... una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia, un ejemplo claro de este instituto jurídico es el establecido en el artículo 29 constitucional, conforme al cual, en materia penal, la ley permisiva

o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Otra salvedad, es la ultraactividad, que consiste en:

“... la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada, a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar durante su vigencia, en la actualidad se encuentran regidas por una nueva disposición jurídica”.

Y a renglón seguido, añadió:

*“Adicionalmente, se ha aceptado la posibilidad de una tercera modalidad de aplicación temporal de las normas, la cual, si bien, no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa, ha sido empleada especialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de justicia y la Corte Constitucional, esta es, la **retrospetividad (14)**. En relación con esta figura, se ha indicado que ella **consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidadas la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.***

Según la jurisprudencia de la corte constitucional y del Consejo de Estado, hay que tener en cuenta que la irretroactividad de la norma tiene unas **excepciones** y que para el caso en concreto donde una lista de elegibles aún tiene vigencia; es decir, que quienes nos encontramos en lista (**vigente dos años hasta el 17 de diciembre de 2020**), se nos aplica la nueva norma; es decir, la Ley 1960 de 2019 en el efecto **RETROSPECTIVO**.

Así mismo, la jurisprudencia ha sido clara y es enfática en indicar que cuando no se tiene un derecho adquirido nos encontramos que la situación fáctica y jurídica aún continúa en curso, pues la **lista de elegibles cuenta con una vigencia de dos años término dentro del cual puede llegar a consolidar un derecho o no, es así como la nueva norma la Ley 1960 de 2019, debe ser aplicada a todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes a la entrada en vigencia de la referida norma es decir en EFECTO RETROSPECTIVO**, dado que es una situación jurídica en curso, no se tienen derechos adquiridos, no se ha consolidado en el tiempo por lo cual la nueva norma se debe aplicar en forma inmediata.

Se ha determinado así que la irretroactividad de la ley no tiene un carácter absoluto y, de hecho, la finalidad de retrospectividad consiste, precisamente en la protección de los principios de equidad e igualdad y a la superación de situaciones que afectan

el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales.

Las sentencias C-104 de 1993; C-951 de 2014, y C-516 de 2016; han dispuesto:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. (...)” Negrilla y subraya fuera del texto original.

El inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y **“SON DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO PARA TODAS LAS AUTORIDADES Y LOS PARTICULARES”**.

Considerando que no obstante presento derecho de petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019, solicitando al Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS Empresa Social del Estado de la rama ejecutiva del Orden Nacional, el agotamiento de la lista de elegibles para la Convocatoria N°. 426 de 2016, **teniendo en cuenta la vacante definitiva del 15 de mayo de 2019, denominado Auxiliar Administrativo. CÓDIGO 4044. Grado 12, por renuncia de la titular**, en respuesta con Radicado No. 2019GR100005661 del 05 de agosto de 2019, al numeral 1, me indica:

*“El número de vacantes de cargo Auxiliar Administrativo 4044 – 12. **Actualmente la entidad tiene una vacante en el empleo con el código y grado referidos por usted**, el cual no hizo parte de la OPEC, que se llevó a la convocatoria No. 426 de 2016, dado que para la fecha era desempeñado por personal con derechos de carrera”.* (Negrilla y subraya fuera del texto).

El 15 de julio de 2019, el Gerente de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ contrario a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2.2.5.3.1⁶ (*Provisión de las*

⁶Las 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

vacancias definitivas), y el numeral 4⁷ y **PARÁGRAFO 1^o** del artículo **2.2.5.3.2 (Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera)** del Decreto 1083 de 2015, nombra y posesiona en “provisionalidad” en el Empleo público de carrera denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12, que estaba en “vacancia definitiva” desde el 15 de mayo de 2019, a la hija de la que había renunciado.

El Acuerdo 159 de 2011 (Mayo 10), de la CNSC “*Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004*”, se hace referencia en el capítulo I del Título II a la conformación y uso de las listas de elegibles. Concretamente el artículo 11 preceptúa:

“Artículo 11. Uso de una lista de elegibles. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de elegibles vigente, producto de la Convocatoria, la CNSC autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del presente Acuerdo.” Negrilla y subraya son mías.

Así mismo se consideró que la suscrita no está clasificada como persona de la tercera edad y que en el plenario no aparece que abstente ninguna situación de discapacidad determinante, que le impida la disputa efectiva de mis derechos en otros escenarios judiciales, ni tampoco que el núcleo familiar haya una persona con estas características, y ante la falta de una breve exposición de la composición, gastos e ingresos mensuales, de la familia de la tutelante, es imposible determinar si tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional por bajos recursos económicos.

Así mismo concluyo:

⁷⁴ 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.

^o**PARÁGRAFO 1^o.** 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**, 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.

“Así, entonces, esta acción no busca remplazar los procedimientos ordinarios, no es una suerte de instancia adicional a las ya existentes, ni un mecanismo para sustituir otras acciones judiciales, pues su propósito específico es el de otorgar a la persona una protección efectiva de sus derechos constitucionales fundamentales, de suerte que no se puede pretender que a través de esta especial acción, se adopten determinaciones como las solicitadas, por cuanto el juez constitucional de tutela no está llamado a invadir la autonomía de que gozan otras autoridades jurisdiccionales para sus pronunciamientos, salvo que se den circunstancias de relevancia constitucional que ameriten la toma de decisiones inmediatas para conjurar un daño irreparable, situación que aquí no se encuentra probada, ya que no sólo no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable ni de los hechos expuestos se evidencia su existencia, haciendo improcedente el amparo siquiera como mecanismo directo o transitorio.”

Es importante señalar que, dentro de la decisión recurrida, en ningún momento el Juez de Primera Instancia desconoció la violación de mis derechos fundamentales y constitucionales deprecados, cuando la accionada Empresa Social del Estado, SANATORIO AGUA DE DIOS, descentralizada de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, desconoció mi condición de persona, que previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijadas por la Ley, como aspirante, fui seleccionada mediante el sistema de méritos, para integrar el tercer (3°) puesto en la lista de elegibles (**vigente por dos años**) en el Empleo Público denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera convocatoria E.S.E. En razón que ya se habían agotado los dos primeros puestos de la lista de elegibles y había surgido una vacante a proveer, dentro de la convocatoria referida.

En gracia de discusión de los reparos que tuvo la decisión recurrida, para no amparar los derechos fundamentales y constitucionales violentados, suplico a la instancia de alzada que se dé aplicación al Numeral Primero del Artículo 6, del Decreto 2591 de 1991, en el sentido de que se conceda el amparo, como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, en razón, que el concurso tiene una vigencia de Dos (2) años, y en el caso, que se interponga la acción judicial ordinaria o contencioso administrativa, su durabilidad en el trámite procesal, como mínimo, se tardaría más de Tres (3) años, por lo tanto sería infructuoso el resultado de trámite de dicha decisión, además soy madre cabeza de familia, del menor ANGEL GABRIEL SUAREZ CELY de 5 años, en la actualidad

igualmente, estoy sin trabajo y con el empleo del concurso, sería para cubrir los gastos necesarios de mi mínimo vital y de mi menor hijo.

Con respecto a esta situación, es importante traer un breve resumen, tanto desde el punto de vista legal, como lo que han conceptualizado nuestros máximos Tribunales de Justicia:

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el principio de favorabilidad implica, que en caso de duda en la interpretación de las fuentes formales de derecho a de acogerse aquella más favorable al trabajador.

Violación al **DERECHO AL TRABAJO**, considero que al haberse acatado un procedimiento de selección no consagrado en la ley se vulnero también el derecho al trabajo.

La Corte constitucional, respecto de la **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS**, se ha pronunciado en reiteradas veces sobre este tema es así como traemos a colación apartes de la Sentencia T-397 de 1997 con ponencia del MAGISTRADO ANTONIO BARRERA CARBONEL.

“...Cuando se trata de solicitudes de amparo relacionadas con los actos administrativos, esta Corporación ha precisado la impertinencia de la acción. Ello porque la vía para impugnar dichos actos es la contencioso administrativo y dado el carácter subsidiario de la Tutela, ésta resultaría improcedente excepto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No obstante, la Corte ha admitido la posibilidad de que el juez constitucional ordene la inaplicación de disposiciones legales y de los actos administrativos de carácter general o particular que fueron expedidos con base en aquellas, cuando se acredite plenamente en cada caso particular la existencia de un perjuicio que: (i) produzca de manera cierta y evidente la amenaza grave de un derecho fundamental; (ii) de concretarse el riesgo no sea posible reparar el daño que ello origine; (iii) presente un eminente acaecer; (iv) solo pueda conjurarse mediante la medida de protección; y, (v) dada la naturaleza e importancia de los hechos la urgencia de la tutela de los derechos fundamentales...”

En sentencia T-045 de 2011, la misma alta Corte con respecto a la procedencia a la acción de tutela contra actos administrativos concretamente en concurso del INPEC, consideró:

“...3.2. En el caso concreto, la Sala considera que la tutela procede para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez (i) que el proceso

de selección para ocupar el cargo de dragoneante del INPEC se encuentra en desarrollo, es decir, se necesita una acción de protección inmediata; y (ii) no existe otro mecanismo más eficaz que la acción de tutela para evitar la vulneración de sus derechos en juego, primero, porque el peticionario ya agotó los recursos de reclamación ante la entidad accionada, y segundo, porque como bien lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la vía contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en concursos de méritos....". Negrilla y subraya fuera del texto.

La Constitución Política dispone:

Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. (...). 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.

Artículo 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la Administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

La Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones", dispone:

ARTICULO 28. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL INGRESO Y EL ASCENSO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios;

a) **Mérito.** Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos, estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;

b) **Libre concurrencia e igualdad en el ingreso.** Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias, podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;

c) **Publicidad.** Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales.

d) **Transparencia.** En la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección.

f) **Garantía de imparcialidad.** De los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos.

g) **Confiabilidad y validez.** De los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;

h) **Eficacia en los procesos de selección.** Para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo.

i) **Eficiencia en los procesos de selección.** Sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección

ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso

El proceso de selección comprende: 1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. 2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad. Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación. (...)

Decreto 407/94 por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

ARTÍCULO 92. APLICACIÓN DE PRUEBAS. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad, potencialidades del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto de las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo.

La Corte Constitucional señaló en la Sentencia SU-913 de 2009, Que:

“(i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales. (...) (iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa.”

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – *en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas* – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen **“ley para las partes”** que intervienen en él. (Negrilla fuera del texto).

Sentencia T-045/11

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MÉRITOS- Procedencia excepcional

La Honorable Corte Constitucional, dispone “que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección son necesarias, pero si pueden ser cuestionables cuando los requisitos requeridos carecen de importancia ante la realización de las funciones del cargo sujeto a concurso. En ese sentido, se ha concluido que para que un criterio de selección no resulte ser inconstitucional, debe ser como mínimo, (i) razonable, es decir, no puede implicar discriminaciones injustificadas entre persona y, (ii) debe ser un criterio proporcional a los fines para los cuales se establece”.

Con ello conlleva al respeto del orden constitucional, por ende, deben guardar relación con la labor a desempeñar, ser razonables y proporcionales.

Sentencia T-722/14

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MÉRITOS-Procedencia excepcional

“Una entidad no vulnera derechos fundamentales cuando elimina de un concurso a un aspirante por no cumplir los requisitos exigidos para participar en el mismo, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones y (iii) la decisión se haya tomado con base en el cumplimiento de las reglas previamente definidas, que consagran un requisito objetivo, que deberá ser, además, (iii.) razonable, lo que significa que debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo y no puede implicar discriminaciones injustificadas entre las personas y (iii.2) guardar una relación de proporcionalidad frente a los fines para los cuales se establece.”

Sentencia de la Corte Constitucional T-441 del 2017, T-160 del 2018, y demás normas y jurisprudencias concordantes y pertinentes

Es de anotar que la Corte Constitucional en la sentencia **T-1266 DE 2008 EN LA PARTE** resolutive concretamente en el punto 4 dispuso:

“...PREVENIR AL REPRESENTANTE legal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para que, en futuro, se abstenga de aplicar reglamentos concursales o proferir decisiones que, fundadas en compleción y estatura, puedan vulnerar el derecho a la igualdad...”

Se vulnero el debido proceso en la **ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA** –garantía fundamental, como lo reseña la **Sentencia T 878/12** “el derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado en el cual todas las autoridades públicas se encuentran obligadas a actuar conforme a los actos y procedimientos establecidos en las normas para la adopción de sus decisiones y, por esa vía, evitar desconocer las garantías reconocidas a los administradores”

En Sentencia **T-798/13**, en un asunto muy similar al que hoy expongo y que fue ventilado ante el Alto Tribunal, señala: “encuentra vulnerado el **DERECHO AL DEBIDO PROCESO, TRABAJO ACCESO A CARGOS PÚBLICOS** –Vulneración por la CNSC al excluir de concurso para Dragoneantes con fundamento en un requisito que nos es necesario para el adecuado desempeño de las funciones.

Dentro de la misma línea encontramos que la Honorable Corte Constitucional ha dejado precedente jurisprudencial al que me permito referir la Sentencia T-045/11


“...PROPORCIONALIDAD Y RACIONALIDAD DE LOS REQUISITOS MÉDICOS Y FÍSICOS EXIGIDOS PARA EL CARGO DE DRAGONEANTE DEL INPEC – jurisprudencia constitucional en casos en los cuales un requisito de aptitud física para ingresar a un concurso de méritos no es proporcional ni racional, la jurisprudencia ha determinado que existe una presunción de discriminación a favor del actor, y en sede de tutela, la entidad accionada deberá demostrar que la decisión de exclusión del aspirante, está justificada en la relación de la necesidad que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer. COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL - caso en que se vulneró los derechos fundamentales del peticionario al excluirlo con fundamento en un requisito que no es necesario para el adecuado desempeño de las funciones. Aunque el criterio de exclusión del actor es objetivo, la sala considera que las razones aducidas por la entidad para explicar por qué la desviación septal superior a un 30% en una afección física que no permite el buen desempeño de los dragoneantes son razones subjetivas, no determinantes, y sin fuerza probatoria. Es decir, la decisión de la CNSC no se tomó como se verá a continuación. Si el juez constitucional encuentra que un aspirante es excluido de un concurso de méritos por no cumplir un requisito que es desproporcionado- pues no existe relación de necesidad entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer- la entidad accionada tiene la carga de demostrar lo contrario y superar la presunción de discriminación que existe a favor del actor. La Sala concluye que la Comisión Nacional del Servicio Civil, vulneró el derecho fundamental del actor al acceso y ejercicio de cargos públicos, al excluirlo de la convocatoria No. 127 de 2009 del INPEC, por no cumplir un requisito de aptitud física que resulta desproporcionado, (...)...” (No está subrayado en el texto original, se hizo solo para resaltar).

De nada sirvió participar en la Convocatoria para el cargo denominado: AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12, ofertado bajo el código OPEC No. 30881 del sistema general de carrera de la Empresa Social del Estado SANATORIO DE AGUA DE DIOS, y superar las pruebas aplicadas ocupando el tercer (3°) puesto en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución CNSC – 2018110174185 del 05 de diciembre de 2018, que tiene una vigencia de dos (2) años ofertados a través de la Convocatoria N°. 426 de 2016 – ESE, para que seis (6) meses después, contrario al **CONCEPTO UNIFICADO DE LA CNSC del 16 de enero de 2020**, y al numeral 4 del Artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; ahora, se diga que la lista de elegibles no obstante estar notificada, ejecutoriada y en ejecutividad hasta el próximo 4 de diciembre de 2020, no sirve.

Seguramente cuando el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en tres (3) años se pronuncie resolviendo el mecanismo ordinario de resolución ante la jurisdicción contencioso administrativa (Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho) recomendado por el Juez de instancia, la lista de elegibles conformada mediante la Resolución CNSC – 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018, para los cargos ofertados a través de la Convocatoria N°. 426 de 2016 – ESE, ya no estará vigente, y el daño en mi contra que se pudo conjurar, será irreparable.

Como estos hechos están probados con elementos, pruebas aportadas y las razones de urgencia e impostergabilidad que precisan la acción inmediata con el fin de evitar el daño, formalmente solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil, **REVOQUE** el fallo atacado dentro de esta Acción de Tutela y como consecuencia de ello, se acceda a amparar mis **DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES A LA IGUALDAD, DEBIDO PROCESO, BUENA FE, ACCESO A CARGOS PUBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA CONFIANZA LEGITIMA** vulnerados, y de acuerdo a lo esgrimido en la solicitud de declaraciones de la Acción de Tutela, objeto de esta impugnación, de no accederse a lo anterior suplico se de aplicación al Numeral 1, Artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en el sentido de que se conceda como mecanismo transitorio.

Atentamente,


ANA MARIA CELY INSIGNARES
C. C. N° 39.582.061 de Girardot

Doctor:

FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ

Gerente SANATORIO DE AGUA DE DIOS E. S. E.

30-09-2020

Recd: 1947-2

E. S. D.

Concurro ante Usted con todo respeto, con el propósito de evitar producto de la falla en la prestación del servicio un daño antijurídico en contra de mi patrimonio económico, toda vez que el próximo 04 de diciembre de 2020 perderá vigencia (**2 años**) la lista de elegibles conformada mediante la Resolución CNSC – 2018110170835 del 05 de diciembre de 2018, para el empleo de carrera AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CÓDIGO 4044. GRADO 12, de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 30881.

En consecuencia, con el objeto de conjurar esta amenaza, para acreditar el cumplimiento del requisito dispuesto en el artículo 8 (**Procedibilidad**) de la Ley 393 de 1998, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles siguientes a mi radicación, **DEMANDO EL CUMPLIMIENTO** de su deber legal de respetar las siguientes disposiciones:

“El Numeral 3 del Artículo 44 del Decreto 760 de 2005; el Artículo 1 del Decreto 4968 de 2007; el Artículo 2.2.5.2.1 (**Vacancia definitiva**.) Artículo 2.2.5.3.1 (**Provisión de las vacancias definitivas**), Artículo 2.2.5.3.2 (**Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera**) Parágrafo 1 del Decreto 648 de 2017 (*Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015*); el Decreto 051 de 2018. Artículo 3, que adiciona el artículo 2.2.6.34 (**Registro de los empleos vacantes de manera definitiva**) al Decreto 1083 de 2015; los Artículos 1 y 6 de la Ley 1960 de 2019, el precedente judicial: Sentencia C – 1175 de 2005, literal 6.6.¹; Sentencia T-112 del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS; Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 15 de febrero de 2017. Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05854-01(AC), y los actos administrativos de la Comisión Nacional del

¹ “6.6 Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente. En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación”. Negrilla y subraya fuera del texto.

Servicio Civil – CNSC: Resolución N° CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018; el Acuerdo No. 2019000008736 del 06-09-2019. Artículo 1, numeral 2, y la Circular Externa No. 0001 del 21 de febrero de 2020, numeral 3.”

Fundamento de mis pretensiones, es el relato de los siguientes,

HECHOS

1. La **Resolución N° CNSC – 20182110170835 del 05-12-2018** por la cual se conforma la lista de elegibles para el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, indica literalmente en su artículo 1ª.” Conformar la lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera administrativa **Auxiliar Administrativo. Grado 12. Código 4044** de la E.S.E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016, bajo el código OPEC No. 30881”.
2. El doctor WILSON MONROY MORA. Director de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, en respuesta al Radicado No. 2019GR100002941 del 05 de junio de 2019, del doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, Gerente del Sanatorio de Agua de Dios E. S. E., mediante el cual consulta si es posible proveer un empleo a través del uso de la lista de elegibles producto de la convocatoria No. 426 de 2016 con ocasión de la **vacancia definitiva de un cargo no ofertado** –Negrilla y subraya fuera del texto - en el precitado concurso de méritos, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, recibida la comunicación bajo el Nro. 20196000560382 del 11 de junio de 2019, mediante el Radicado No. 20191020352451 de fecha: 04-07-2019, le indica:

Previo a atender su solicitud, es oportuno señalar que el Sanatorio de Agua de Dios E. S. E., **en cumplimiento** del inciso 3 de la Circular No. 20161000000057 del 22 de septiembre de 2016 y el artículo 2.2.6.34 del Decreto 051 de 2018 **deberá reportar a esta Comisión Nacional las vacantes definitivas que surjan en las plantas de empleos de la Entidad** – subraya fuera del texto - en los siguientes términos:

“ARTICULO 2.2.6.34. Registro de los empleos vacantes de manera definitiva. Los jefes de personal o quienes hagan sus veces en las entidades pertenecientes a los sistemas general de carrera y específico o especial de origen legal vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, **deberán reportar los empleos vacantes de manera definitiva**, - Negrilla y subraya fuera del texto - en el aplicativo Oferta Pública de Empleo de Carrera – OPEC de la Comisión nacional del Servicio Civil, con la periodicidad y lineamientos que esta establezca.

(...)"

A la fecha, ignoro si el encargado de Talento Humano, **reportó** a la CNSC el empleo: AUXILIAR ADMINISTRATIVO. CODIGO 4044. GRADO 12, que quedó en vacancia definitiva por renuncia de la titular el 15 de mayo de 2019.

3. Mediante mi petición con Radicado No. 16792 de fecha: **18-06-2019**, solicito al doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS Empresa Social del Estado de la rama ejecutiva del Orden Nacional, "**el agotamiento de la lista de elegibles para la Convocatoria N°. 426 de 2016**", teniendo en cuenta la vacante definitiva del 15 de mayo de 2019, denominado Auxiliar Administrativo. CÓDIGO 4044. Grado 12, por renuncia de la titular.

No obstante que a esta fecha el cargo en vacancia definitiva por renuncia de la titular **no ha sido** provisto, un (1) mes después de haber reclamado mi derecho de carrera administrativa mediante mi petición con Radicado No. 16792 del 18 de junio de 2019, el Gerente **contrario al deber de respetar las disposiciones legales, el precedente constitucional y los actos administrativos demandados**, mediante la Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019, nombra y posesiona en provisionalidad a BREGETH ANDREA GALEANO GONGORA.

- 3.1. A sabiendas de lo anterior, hace aparecer como cierto un hecho falso, y en respuesta, con Radicado No. 2019GR100005661 del 05 de agosto de 2019, al numeral 1, el Gerente del Sanatorio me indica:

"El número de vacantes de cargo Auxiliar Administrativo 4044 - 12. Actualmente la entidad tiene una vacante en el empleo con el código y grado referidos por usted, el cual no hizo parte de la OPEC, que se llevó a la convocatoria No. 426 de 2016, dado que para la fecha era desempeñado por personal con derechos de carrera". (Negrilla y subraya fuera del texto).

A esta fecha, la vacante definitiva que dice tener, **ya ha sido** provista en provisionalidad, mediante la Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019.

- 3.2. Con Radicado No. 2276 - 2 del 20 de agosto de 2019, interpongo Recurso de Reposición en contra del acto administrativo con Radicado No. 2019GR100005661 del 05 de agosto de 2019, y solicito al Gerente del SANATORIO DE AGUA DE DIOS E. S. E., doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, reponga su

decisión (“**No hay vacantes**”), y en su lugar acceda favorablemente a mi petición con Radicado No. 1679-2 del 18 de junio de 2019.

Ante el citado nombramiento y posesión en provisionalidad en donde no se respetan las disposiciones legales, el precedente constitucional y los actos administrativos demandados, respecto de una REVOCATORIA DIRECTA, el Decreto 648 de 2017. Artículo 2.2.5.3.4 (**Terminación de encargo y nombramiento provisional.**), dispone:

*“Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga **o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.**”* (Negrilla y subraya fuera del texto).

4. El Gerente del Sanatorio, doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ, contrario a los hechos 2 y 3, mediante la Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019, efectúa el nombramiento en provisionalidad de BREGETH ANDREA GALEANO GONGORA, en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12, de la planta globalizada del Sanatorio **en vacancia definitiva desde el 15 de mayo de 2019.**
5. Con Radicado No. 20201400024061 de fecha 15-01-2020. Ref. 20206000020092, en respuesta a la Doctora FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ. Juez del JUZGADO CUARENTA Y DOS DEL CIRCUITO, el doctor VICTOR HUGO GALLEGU CRUZ, abogado en ejercicio, obrando en nombre y representación de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (en adelante CNSC), en su condición de asesor jurídico encargado, al numeral **1. Caso concreto**, manifiesta:

*“Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles – BNLE, se constató que esta Comisión Nacional conformó lista de elegibles mediante Resolución No. 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018, para proveer dos (2) vacantes del empleo No. **30881** denominado Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 12 del Sistema General de Carrera Administrativa de la E. S. E. Sanatorio de Agua de Dios, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E. S. E, en la cual la señora **ANA MARIA CELY INSIGNARES** ocupó la tercera (03) posición.*

(...)”.

Nombrados y posesionados el 06 de febrero de 2019, en periodo de prueba los dos (2) primeros (BERTHA NELLY BOHORQUEZ MACIAS y JOSÉ GUILLERMO

TRUJILLO MAYORGA), la lista se recompone y paso a ocupar el primer (1º) puesto.

6. En cumplimiento del fallo proferido por el alto Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de mi **RECURSO DE INSISTENCIA**, mediante el Radicado No. 2020GR100003831 de fecha: 17-02-2020, el representante legal del Sanatorio, doctor FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ me remite fiel copia de la **Resolución No. 10.36.456 del 15 de julio de 2019**, mediante la cual efectúa un nombramiento en provisionalidad en el cargo de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12**, de la planta globalizada del Sanatorio.

DERECHO

- **DECRETO 4968 DE 2007** (*Por el cual se modifica el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005*). Artículo 1 (*Modifica 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*), dispone:

"(...).

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. (Negrilla y subraya fuera del texto).

- **DECRETO 648 DE 2017** (*Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública*).

ARTÍCULO 2.2.5.2.1 Vacancia definitiva. El empleo queda vacante definitivamente, en los siguientes casos:

1. Por renuncia regularmente aceptada.

(...)

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. (Negrilla y subraya fuera del texto).

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:

(...)

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 específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.** (Negrilla y subraya fuera del texto).

- **DECRETO 051 DE 2018.** Artículo 3. Adicionar el artículo 2.2.6.34 al Decreto 1083 de 2015, el cual quedara así:

"ARTÍCULO 2.2.6.34. Registro de los empleos vacantes de manera definitiva. Los jefes de personal o quienes hagan sus veces en las entidades pertenecientes a los sistemas general de carrera y específico o especial de origen legal vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, **deberán reportar los empleos vacantes de manera definitiva,** en el aplicativo *Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC* de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la periodicidad y lineamientos que esta establezca." (Negrilla y subraya fuera del texto).

- **LEY 1960 DE 2019.**

Artículo 1 (modifica el artículo 24 de la Ley 909 de 2004). Parágrafo 2, dispone:

"Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, **informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.**" (Negrilla y subraya fuera del texto).

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.
(Negrilla y subraya fuera del texto).

ACTOS ADMINISTRATIVOS

La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante la CIRCULAR CNSC 005 de fecha: 23 de Julio de 2012, ya instruía que en todo caso, **previo a proveer por encargo una vacante definitiva de un empleo de carrera, la entidad deberá solicitar sin excepción la respectiva autorización** ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual debe cumplir los siguientes requisitos para ser otorgada:

- a) Solicitud de autorización suscrita y firmada por el Representante Legal de la entidad o quien tenga delegada dicha función, caso en el cual deberá remitir copia del acto administrativo de delegación;
- b) La solicitud deberá contener la manifestación de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1º del Decreto 4968 del 7 de diciembre de 2007;
- c) Indicar el número de empleos a proveer, así como la manifestación clara y expresa de la denominación, código y grado, conforme a lo dispuesto en los Decretos 785 de 2005 y 2489 de 2006;
- d) **Indicar si el empleo fue reportado a la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC**, señalando su código de identificación; (Negrilla fuera del texto).
- e) Certificación suscrita por el Representante Legal de la entidad, mediante la cual manifieste que se agotó el procedimiento establecido en el numeral 2.1.1 de la presente circular y que el servidor público con derechos de carrera cumple con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004;
- f) Certificación suscrita por el Representante Legal de la entidad, mediante la cual manifieste que el empleo para el que se solicita autorización se encuentra en **vacancia definitiva** y que no está siendo desempeñado por servidor alguno; (Negrilla fuera del texto).
- g) En caso de requerir prórroga para la provisión mediante encargo, la solicitud deberá presentarse a la CNSC, con mínimo un (1) mes de antelación.

De manera amplia, contundente y oportuna, la misma Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, en el **CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE**

ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019” de la sesión del 16 de enero de 2020, en RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA PLANTEADO 3, expone:

“De conformidad con lo expuesto, (...) y para proveer 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 el número de OPEC.”

3 ¿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?

Previamente, en su Acuerdo No. 2019000008736 del 06-09-2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, dispuso:

ARTICULO 1°. ACCIONES PARA DISPONER DE LA INFORMACIÓN NECESARIA. (...).

1. (...)
2. Abstenerse de reportar empleos **que cuenten con lista de elegibles vigente y suficiente**. (Negrilla fuera del texto).

La misma Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC en la Circular Externa No. 0001 del 21 de febrero de 2020 (anterior a mi petición, a la vacancia definitiva, y a la provisión del cargo en provisionalidad) al numeral 3, dispone: **solicitar uso de lista de elegibles**. Subraya y negrilla fuera del texto.

El jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces, deberá solicitar a esta Comisión Nacional la autorización para el uso de la lista de elegibles, con el propósito de cubrir las nuevas **vacantes definitivas** que corresponden a los **“mismos empleos”** identificados con un número OPEC. Negrilla y subraya fuera del texto.

PRECEDENTE JUDICIAL

De conformidad con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, el nombramiento para su provisión provisional, se debe hacer en estricto cumplimiento del precedente dispuesto en la Sentencia C – 1175 de 2005, literal 6.6.²:

² “6.6 Distinta es la situación de la vacancia definitiva. De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 760 de 2005, en este evento, puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones

1. Que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil;
2. Que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado.
3. **Que no haya lista de elegibles vigente.** Negrilla y subraya fuera del texto.

La Corte Constitucional en su Sentencia T-112 del 3 de marzo de 2014. Referencia: expediente T-4.081.407. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS, cuando **“respecto de la autorización del uso de listas de elegibles”**, considera: *“8.2. En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que **cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, por lo tanto la administración deberá solicitar la respectiva autorización de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva.** (...)”*

El CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, en Sentencia del 15 de febrero de 2017. Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05854-01(AC). Actor: JERLY LORENA ARDILA CAMACHO. Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, respecto del problema jurídico planteado de determinar si: **¿La acción de tutela es procedente para ordenar que se ejecute la lista de elegibles dentro de un concurso de mérito?**, y **“de la procedencia de la acción de tutela en materia de concurso de méritos”**, considera:

Respecto a las actuaciones surtidas al interior de los concursos de méritos, la Corte Constitucional en la sentencia SU-553 de 27 de agosto de 2015, en la cual se estudió un asunto similar, analizó y fijó una postura respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos en materia de concurso de méritos, que busca evitar un perjuicio irremediable por cuanto la lista de elegibles pierde vigencia, y sobre ello expresó:

“La jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos. El primer supuesto, es cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es

de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente. En estos casos podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación”.

ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y el segundo, cuando el accionante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable. De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite.”

Adicionalmente, en la aludida providencia se aclaró, que las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo del mismo exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela.

De lo anterior se colige, **que la acción de tutela es procedente para decidir acerca de la ejecución de la lista de elegibles dentro de un concurso de mérito, cuando tiene como finalidad evitar perjuicios irremediables, como en el caso que nos ocupa, para impedir que la misma pierda vigencia.** Negrilla y subraya fuera del texto.

(---)

Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, **conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo**³; en palabras de la Corporación.

“la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso –que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones –ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente

³ Negrilla y subraya fuera del texto.

injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.”

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también “equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe –Artículo 83 de la Carta– al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior”²⁰.

La jurisprudencia constitucional también ha aclarado en este sentido que las listas de elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos²¹

El inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y **“SON DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO PARA TODAS LAS AUTORIDADES Y LOS PARTICULARES”**.

NOTIFICACIONES

Me notificaré personalmente de la providencia que atienda y resuelva mi petición, en la Carrera 53 B No. 5 – 11 del Barrio Galán de Bogotá D. C. Correo electrónico: annymacein1783@hotmail.com / Celular 300 771 43 60 / 311 476 68 36 / 313 536 53 68.

Atentamente,



ANA MARIA CELY INSIGNARES
C. C. N° 39.582.061 de Girardot



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. 2020GR100016341

Fecha: 26-10-2020

Agua de Dios,

Señora

ANA MARIA CELY INSINARES.

Correo Electrónico: Anaymacein178@hotmail.com

Carrera 53 B No 5-11 Barrio Galán,

Bogotá D.C.

Asunto. Respuesta a petición de radicado No 1947-2 de 2020.

Cordial saludo.

En atención a la reiterada solicitud que viene realizando para que, en calidad de elegible, según lista conformada a través de la Resolución No. CNSC 20182110170835 del 05-12-20158 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, sea nombrada en el empleo de auxiliar administrativa para el cual concursó, no significa que tenga el derecho a ocupar otros cuya vacancia fue posterior a la OPEC y al concurso de méritos realizado, y en todas sus solicitudes al respecto del derecho que refiere estar reclamando a esta administración, se le ha dado respuesta en los mismos términos, por lo que, ya definiendo la administración una postura al respecto, no entendemos el seguir requiriendo respuesta a un asunto ya reiterado.

Pese a lo anterior y en cumplimiento de nuestro deber de dar respuesta a las peticiones formuladas, nos permitimos reiterar lo siguiente:

EN RELACION A LOS HECHOS

1. La Convocatoria No 426 de de 2016, fue ejecutada de conformidad con lo establecido por la Ley 909 de 2004, fecha en la cual no había sido expedida la Ley 1960 de 2019, siendo relevante resumir los siguientes hechos para efectos de ubicarlos en el tiempo y la aplicabilidad del principio de legalidad en el mismo.



Cargo: Auxiliar Administrativo código 4044 grado 12

INICIO CONVOCATORIA	REPORT E OPEC	CONFORMACION LISTA DE ELEGIBLES	NUMERO DE CARGOS	FECHA NOMBRAMIENTO	No. ACTO ADMINISTRATIVO
28-07-2016	26-09-2016	05-12-2018	2	03-01-2019	10.36.013

2. La vacante definitiva del empleo auxiliar administrativo código 4044 grado 12, no ofertado en la OPEC porque para la fecha de la convocatoria lo ocupaba una empleada con derecho de carrera administrativa, fue reportado a la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la Consulta realizada el día 5 de julio de 2019, en la que presentó la inquietud sobre la obligatoriedad del uso de lista de elegibles en empleos vacantes no ofertados para proveerlos mediante concurso de méritos del año 2016.

3. La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante oficio de fecha 9 de julio de 2019, emitió respuestas referidas a la no obligatoriedad de lista de elegibles para cargos en vacancia definitiva no integradas en la OPEC del concurso de la convocatoria No 426 de 2016.

4. El día 15 de julio de 2019 una vez verificada la imposibilidad de proveer el cargo de Auxiliar Administrativo código 4044 grado 12, mediante la figura del encargo, éste fue provisto mediante la figura de la provisionalidad mediante la Resolución No 10.36.456 como así lo establecía el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

5. El día 27 de junio de 2019, entró en vigencia la Ley 1960, que en su artículo 6º estableció que modificaba el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, pero es preciso indicar que lo dispuesto en este artículo hace parte del procedimiento que se cursa ante un concurso de méritos por lo que no podría aplicarse a situaciones ya reguladas por la anterior normativa y en ese caso aplicaría en caso de futuras convocatorias.

De conformidad con lo antes expuesto, en relación al caso que nos ocupa, encontramos que la Corte Constitucional, en relación al principio de buena fe aplicado en el marco de convocatorias para la provisión de cargos públicos, indicó en Sentencia de Unificación 446 de 2011, que la modificación de las reglas de juego vulnerarían los principios de buena fe y confianza legítima, es decir, que mirando la situación jurídica desde el Sanatorio de Agua de Dios, el acceder a la petición de nombramiento realizado por la accionante impacta la seguridad jurídica y el respeto por las reglas previamente establecidas y con las cuales se postuló a la convocatoria 426 de 2016, y que se mantienen en los actos administrativos expedidos por la Comisión nacional del Servicio Civil, actualmente exigibles en su aplicación, dado que no han sido declarados nulos, ni suspendidos.

A LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DE LAS CUALES DEMANDA CUMPLIMIENTO.

1. Numeral 3 del artículo 44 del Decreto 760 de 2005.

Al respecto de esta disposición normativa, se advierte que dicho articulado no contiene un numeral 3, es así que no es claro a que hace referencia cuando demanda su cumplimiento.

2. Artículo 1 Decreto 4968 de 2007.

Al respecto de esta disposición normativa, es de indicar que respecto a la provisión de empleos mediante encargo o en provisionalidad, ello procede siempre que en vacancia temporal como definitiva, con la diferencia que tratándose de un cargo para el cual exista lista de elegibles, y ante la última condición de la vacancia, se deberá proveer con los elegibles en su orden, pero téngase en cuenta que antes de la Ley 1960 de 2019, solo aplicaba esta regla en cargos que hicieron parte de la Opec del concurso de méritos, y esta normativa fue expedida tres años posteriores a la realización del concurso de méritos y un poco más de 6 meses posterior a la conformación de lista de elegibles con el Acuerdo No de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Así entonces, en los casos como el particular, en los que no procede la provisión por encargo o en nombramiento en periodo de prueba por carrera administrativa, dado que la obligatoriedad del uso de lista de elegibles solo se estableció con la Ley 1960 de 2019, expedida a 6 meses en que se expidió la resolución que conformó la lista de elegibles de la convocatoria 426 de 2016, aplica el nombramiento en provisionalidad en casos a los que no le es aplicable la Ley ibidem, y siempre que no sea posible el nombramiento por encargo.

3. Decreto 648 de 2017.

3.1. Artículo 2.2.5.2.1. Vacancia Definitiva. Al respecto de esta disposición de la cual la peticionaria demanda cumplimiento, precisamos que el Sanatorio de Agua de Dios, con sus actuaciones para el caso en particular, no ha vulnerado tal normativa.

3.2. Artículo 2.2.5.3.1. Provisión de las vacancias definitivas. Frente a esta disposición, es de precisar que no fue desconocida por nuestra entidad, toda vez que para la fecha en que se encontró vacante el empleo de auxiliar administrativo código 4044 grado 12, (14/05/2019 fecha aceptación de renuncia) que luego fue provisto a través de la Resolución No 10.36.456, no existía la obligatoriedad de usar lista de elegibles para los cargos vacantes no ofertados en la OPEC.

3.3. Parágrafo del artículo 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los cargos de carrera. En relación a la precisión que realiza el parágrafo, encontramos claro que el mismo refiere a que el uso de la lista elegibles para proveer un cargo, estaría supeditada al mismo que habría sido provisto inicialmente, cuando se configure una causal de retiro del servicio, por lo que no entendemos en que demanda su cumplimiento la peticionaria.

2



3.4. Artículo 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Al respecto de esta disposición, precisamos a la peticionaria que la interpretación de la misma para con el caso particular que trae a colación, es equivocada, toda vez que, esta regla aplica para los encargos y nombramiento que suplen una vacante temporal y no una definitiva como, acaeció con el cargo de auxiliar administrativo que fue provisto en provisionalidad mediante la Resolución No 10.36.456 de 2019, luego reportarlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante oficio de radicado No 2d682b18-f893-2736-4c70-a2ee4b7ab2a3

4. Artículo 3 del Decreto 051 de 2018.

Frente esta disposición debemos anotar que, para la fecha en que se configuró la vacancia definitiva del empleo de auxiliar administrativo código grado, no existía instrucción sobre las precisiones del reporte en sistemas de información en específico, del cual tuviera conocimiento el Sanatorio, así entonces la vacancia definitiva se reportó a través del Código verificación del reporte No. 2d682b18-f893-2736-4c70.

5. Ley 1960 de 2019.

Artículo 1º Encargo. Revisar esta disposición normativa nos permite indicar que la misma no ha sido objeto incumplimiento por parte del Sanatorio de Agua de Dios ESE en el caso particular que reporta la peticionaria, dado que frente a la vacante definitiva del cargo no ofertado para la Convocatoria 426 de 2016, fue provisto en provisionalidad y no mediante esta figura.

Artículo 2º Concursos. Al respecto de lo establecido en esta disposición, debemos anotar que, efectivamente conocemos que es mediante concurso de méritos que se provee de manera definitiva los cargos de carrera administrativa, lo que explica que, después de haber reportado la vacancia definitiva a la Comisión Nacional del Servicio Civil, nuestra entidad realizara el nombramiento en provisionalidad.

Ahora bien, entendiendo que el derecho que persigue la peticionaria es de aquellos de acceso a los cargos públicos de carrera administrativa por meritocracia, sea preciso indicar que, ello está fundado en lo establecido por el constituyente en el artículo 125 de la Constitución Política, lo que no significa que se pueda leer y aplicar indiscriminadamente, es así que una vez ejecutado el concurso de méritos para la provisión definitiva de cargos de auxiliar administrativo, que para la fecha del proceso de selección no tenían titular con derechos de carrera, sino que eran ocupados en provisionalidad, de conformidad con el principio de legalidad, para la fecha de este proceso, no le era aplicable la extensión de lista de elegibles, para cubrir cargos no dispuestos en concurso, es así que si la peticionaria concursó para obtener la posibilidad de ser nombrada en cualquiera de los dos cargos de auxiliar reportados con la OPEC, no le es dable que se le extienda su derecho de elegible a otro cargo no previsto en el concurso de méritos.

Por último, y en relación al principio de irretroactividad de la Ley, que significa que esta no debe tener efectos hacia el pasado, esto es, solo aplicarla excepcionalmente ante



situaciones jurídicas no consolidadas, y para el caso concreto vemos que la lista de elegibles ya esta conformada, no siendo posible lo que solicita la accionante, lo que no contraría el texto superior ante la prohibición del artículo 58 ibidem. Esto explica porque la CNSC y DAFP,¹ ya han emitido lineamientos frente a la aplicabilidad del artículo 6 ley 1960 de 2019, solo para futuras convocatorias o concursos de méritos.

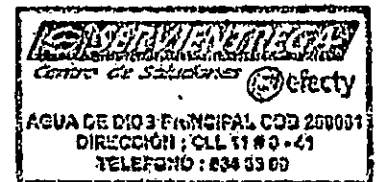
Con lo antes expuesto, ratificamos la posición del Sanatorio de Agua de Dios ESE, frente a su caso y con ello resolvemos sus inquietudes.

Cordialmente,


FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ
Gerente.

Proyectó: Ruby Arcia, Asesora Jurídica.
Revisó: Diana Bultrago Cuervo – Coordinadora Talento Humano

¹ Circular 20191000000117 del 29 de julio de 2019.



..... Actuando por el bienestar de nuestros Usuarios y sus Familias

03-11-20 16:21
ERIKAR
2352-2

Doctor:
FERNANDO ARTURO TORRES JIMENEZ
Gerente SANATORIO DE AGUA DE DIOS E.S.E.
Carrera 9 N°. 10 – 68 Barrio Centro
Edificio Carrasquilla – 2° piso
Agua de Dios – Cundinamarca

Ref. – Su Radicado No. 2020GR100016341 de Fecha: 26-10-2020

Por medio del presente escrito concuro ante Usted con todo respeto, con el propósito de interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra de su acto administrativo de la referencia.

El sustento jurídico de las razones de mi inconformidad, **EN RELACIÓN A LOS HECHOS**, es el siguiente:

- Considerando que a su numeral 1, manifiesta que no es posible ubicar en el tiempo y aplicar el principio de legalidad a la Convocatoria 426 de 2016, porque para la fecha no había sido expedida la Ley 1960 de 2019, y se funda en lineamientos emitidos por la CNSC y el DAFP, frente a su aplicabilidad manifiesto:

La Corte Constitucional, hace escasos dos (2) meses, en la Sentencia T-340 del 21 de agosto de dos mil veinte (2020). Referencia: Expediente T-7.650.952. Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, respecto de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 (regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas), para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, considera:

“(…)

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

3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y

se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

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

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

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995^[47], que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010^[48] se decidió su exequibilidad^[49]. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella

se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa. Negrilla y subraya fuera del texto.

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley. Negrilla y subraya fuera del texto.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe¹⁵⁰¹, así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir *“se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto”*¹⁵¹¹.

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. 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"⁴⁵². Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. Negrilla y subraya fuera del texto.

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

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer*"⁴⁵³. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004⁴⁵⁴.

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

de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

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

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para el uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."¹⁸¹. Subraya fuera del texto.

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

(...).”

Considerando que la Corte Constitucional en su precedente judicial dispone que la lista de elegibles deberá 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, es importante recordar que con el Radicado No. 20201400024061 de fecha 15-01-2020. Ref. 20206000020092, en respuesta al Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, el doctor Víctor Hugo Gallego Cruz, abogado en ejercicio, obrando en nombre y representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, en su condición de asesor jurídico encargado, contestó en los siguientes términos:

“Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles – BNLE, se constató que esta Comisión Nacional conformó lista de elegibles mediante Resolución No. 20182110170835 del 05 de diciembre de 2018, para proveer dos (2) vacantes del empleo No. 30881 denominado Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 12 del Sistema General de Carrera Administrativa de la E. S. E. Sanatorio de Agua de Dios, ofertado a través de la Convocatoria No. 426 de 2016 – Primera Convocatoria E. S. E, en la cual la señora ANA MARIA CELY INSIGNARES ocupó la tercera (03) posición.”

Es decir, en este asunto que nos ocupa, está evidenciado sumariamente que ante la vacancia definitiva que se dio el pasado 14 de mayo de 2019, se daban los supuestos que permiten el uso de la lista de elegibles,

Respecto del citado precedente judicial, la misma Corte en sus sentencias C-104 de 1993; C-951 de 2014, y C-516 de 2016; ha dispuesto:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.(...)” Negrilla y subraya fuera del texto original.

El inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y “SON DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO PARA TODAS LAS AUTORIDADES Y LOS PARTICULARES”. Esta administración, no puede ser la excepción.

De conformidad con el citado precedente judicial de la Corte Constitucional, corolario de lo anterior, es que la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, tiene unas **excepciones** y que para el caso en concreto y particular en donde está probado sumariamente que ocupó el tercer (3) lugar en una lista de elegibles que está vigente hasta el 04 de diciembre de 2020, cuando se produjo la vacancia definitiva el 14 de mayo de 2019, en el empleo que supera los cargos ofertados en la Convocatoria 426 de 2016, ha debido aplicarla en el efecto **RETROSPECTIVO**.

- A su numeral 2, en donde manifiesta que el empleo Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, fue reportado a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, disiento de su manifestación por la razón de que la Sentencia T-340 del 21 de agosto de dos mil veinte (2020). Referencia: Expediente T-7.650.952. Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, en el literal 3.6.3., dispone:

“(…). Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.” Negrilla y subraya fuera del texto original.

Corolario de lo anterior es, que “sin el cumplimiento de esta formalidad administrativa, presupuestal y financiera”, con la consulta (por la inquietud sobre la obligatoriedad del uso de lista de elegibles en empleos vacantes no ofertados en el año 2016), realizada el 5 de julio de 2019, el Sanatorio no reporta una vacancia definitiva.

Prueba evidente de que previamente ha debido cumplir con los trámites administrativos, presupuestales y financieros a los que hace mención la Corte Constitucional, es el hecho de que el Acuerdo 159 de 2011 (Mayo 10) de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC “*Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004*”, para el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, en el artículo 22, dispone:

Artículo 22. Uso de listas de elegibles de la entidad. Cuando una entidad requiera la provisión de una vacante y la Comisión Nacional del Servicio Civil verifique que se agotó el quinto orden de provisión

establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, la CNSC, aplicando la definición de empleo equivalente establecida en el numeral 8°, artículo 3° del presente Acuerdo, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar.”

Téngase como prueba documental, el pago que previamente a la expedición de la Resolución No. 10.36.456, ha debido realizar a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, para la provisión del cargo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12.

- A su numeral 3, en donde manifiesta que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, mediante oficio de fecha 9 de julio de 2019, emitió respuestas referidas a la no obligatoriedad de lista de legibles para cargos en vacancia definitiva no integradas en la OPEC del concurso de la convocatoria 426 de 2016, manifiesto:

La misma Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, seis (6) meses después, en la CIRCULAR EXTERNA No. 0001 del 21 de febrero de 2020, impartiendo instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado “Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes, al numeral 3, dispone:

“De conformidad con el Criterio Unificado “Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” el cual establece que las listas de elegibles conformadas por esta Comisión Nacional y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que corresponden a los “mismos empleos”² ofertados..” Subraya fuera del texto.

². Entiéndase por “**mismos empleos**”, los que corresponden a igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC.

A su numeral 4, siendo el empleo de Auxiliar Administrativo. Código 4044. Grado 12, el más bajo en la escala de nomenclatura y salarial, cuestiono:

¿Cómo pudo verificar la imposibilidad de ser provisto mediante encargo, si por debajo del Código 12, no existe otro?

- A su numeral 5, nuevamente ratifico lo dispuesto por la Corte Constitucional, **hace escasos dos (2) meses**, en la Sentencia T-340 del 21 de agosto de dos mil veinte (2020). Referencia: Expediente T-7.650.952. Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar **y la Comisión Nacional del Servicio Civil**. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, respecto de la aplicación **retrospectiva** de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 (***regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas***), para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados**, que surjan con **posterioridad** a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

Corolario de lo anterior, considerando que integro una lista de elegibles vigente, es que con el cambio normativo surgido con ocasión del Artículo 6 (Modifica el Artículo 31 de la Ley 906 de 2004) de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, 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**.

En mérito de lo expuesto, considerando que en mi caso en concreto al 14 de mayo de 2019 (renuncia definitivamente la titular) se daban los supuestos por integrar y ocupar el tercer (3) lugar en la lista de elegibles conformada mediante la vigente Resolución CNSC – 2018110174185 del 05 de diciembre de 2018, que habilitaban mi nombramiento en periodo de prueba en el empleo de carrera en vacancia definitiva denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO. Código 4044. Grado 12, ofertado bajo el código OPEC No. 30881 de la E. S. E. SANATORIO DE AGUA DE DIOS, a efecto de que proteja mis derechos a la igualdad, al debido proceso, y garantice el artículo 125 constitucional (como quiera que rechaza el mérito como criterio relevante para acceder a un cargo de carrera administrativa), con el objeto de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en mi contra el próximo 05 de diciembre de 2020, **reitero mi solicitud de demandarle el cumplimiento** del artículo 6 (modifica el artículo 31 de la Ley 909 de 2004) de la Ley 1960 de 2019, y demás normas concordantes; el precedente constitucional dispuesto en el literal 3.6. (**Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo**) de la Sentencia T-340 del **21 de agosto de dos mil veinte (2020)**. Referencia: Expediente T-7.650.952. Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, y el acto administrativo dispuesto en el Criterio Unificado de la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, emitido el **06 de agosto de 2020 (Uso de lista de elegibles**

para empleos equivalentes)¹; en consecuencia, rectifique su posición, REPONIENDO su decisión tomada en su acto administrativo de la referencia.

Atentamente,


ANA MARIA CELY INSIGNARES
C. C. No. 39.582.061 de Girardot

1 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"; enténdase, 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. *Negrilla y subraya fuera del texto.*



Fecha: 30/nov./2020

ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Página

1

NUMERO DE RADICACIÓN

110013334006202000308 00

CORPORACION GRUPO ACCIONES DE TUTELA
 JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ CD. DESP SECUENCIA: FECHA DE REPARTO
 REPARTIDO AL DESPACHO 056 9621 30/11/2020 11:23:14a. m.

JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO SEC PRIMERA ORAL BOGOTÁ

IDENTIFICACION	NOMBRE	APELLIDO	PARTE	
0161660	TUT161660		01	
39582061	ANA MARIA CELY INSIGNARES		01	
SD0000000042958	EN NOMBRE PROPIO		03	

OBSERVACIONES: ACCIONES DE TUTELA
 SE RECIBE POR CORREO ELECTRONICO

BOAJAP3V003

CUADERNOS: 1 0

FOLIOS: EXPEDIENTE DIGITAL

EMPLEADO

scardonazr

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO

CIRCUITO DE BOGOTÁ

SECCIÓN PRIMERA

Carrera 57 No. 43-91 Piso 4

Sede Judicial CAN

Bogotá D.C.

INFORME SECRETARIAL PARA INGRESO DE PROCESOS Y MEMORIALES AL DESPACHO

FECHA: TREINTA (30) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)

REF:	11001333400620200030800
NATURALEZA:	ACCION DE TUTELA
DEMANDANTE:	ANA MARIA CELY INSIGNARES
DEMANDADO:	CNSC

AL DESPACHO POR REPARTO CONSTITUCIONAL.

Sírvase Proveer

GIOVANNA ANDREA FRANCO RUBIANO

SECRETARIA