

CARTAGENA DE INDIAS D, T y C. 23 JULIO DEL 2021

SEÑOR(A)

JUEZ DEL CIRCUITO CONSTITUCIONAL DE CARTAGENA

E. S. D

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: DANY RAFAEL MARTINEZ CANTILLO

ACCIONADAS: ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)

DANY RAFAEL MARTINEZ CANTILLO, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.128.061.223 de Cartagena (Bolívar), en calidad de elegibles de la Convocatoria "Proceso de Selección No. 771 de 2018 - Convocatoria Territorial Norte" (Alcaldía Mayor de Cartagena), creado mediante ACUERDO No. CNSC -20181000006476 DEL 16-10-2018, actualmente inscrito en lista de elegibles Resolución No. CNSC - 7630 DE 202028-07-2020, actuando a nombre propio y en ejercicio del artículo 86º de la Constitución Política, instauro la presente Acción de Tutela, en contra de la **ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS NIT: 890-480-184-4** representada legalmente por WILIAM DAU CHAMAT o quien haga sus veces y **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) NIT: 900003409-7** representada legalmente por JORGE ALIRIO ORTEGA CERON o quien haga sus veces, con el fin de que sean protegidos mis derechos fundamentales al **debido proceso administrativo, derecho de petición, igualdad, trabajo y acceso a funciones publicas** los cuales se vieron quebrantados por que dichas entidades no dan cabal cumplimiento con el mandato contenido en los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia, niegan y/u omiten realizar los actos tendientes para que se dé el total uso de mi lista de elegibles, para proveer las vacantes de la planta de la Alcaldía Mayor de Cartagena Código 314 Grado 21 denominado TECNICO OPERATIVO identificado con el código OPEC N° 73540, creados con posterioridad a la expedición de los acuerdos de la citada convocatoria, así como aquellas vacantes desiertas, ocupadas por funcionarios de carácter provisional, en encargo y no provistas, en similares circunstancias y con base en los siguientes hechos:

I. HECHOS

PRIMERO: Mediante Acuerdo No. CNSC -20181000006476 DEL 16-10-2018, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de la Alcaldía Mayor de Cartagena, Bolívar "Proceso de Selección No. 771 de 2018 — Convocatoria Territorial Norte".

SEGUNDO: Me inscribí a la citada convocatoria, para optar por un (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 21, identificado con el Código OPEC No.73540 del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de la Alcaldía Mayor de Cartagena.

TERCERO: Una vez aprobé las etapas de convocatoria, Inscripciones, verificación de Requisitos Mínimos y aplicación de pruebas (competencias básicas y funcionales, competencias comportamentales), el 28 de julio del 2020 la CNSC publicó a través de la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE) Resolución No. 7630 DE 202028-07-2020 por el término de dos (2 años), listado dentro del cual ocupé el cuarto (4°) lugar.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. Conformar y adoptar la Lista de Elegibles para proveer UN (1) vacante(s) del empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 21, identificado con el Código OPEC No. 73540, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias (Bolívar), ofertado con el Proceso de Selección No. 771 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte, así:

Posición	Tipo Documento	No. Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	1098703907	JONATHAN	FONSECA JAIMES	67.10
2	CC	1047411113	YESENIA	FLOREZ CORREA	66.00
3	CC	45489673	JUANA	RUIZ MAY	63.85
4	CC	1128061223	DANY RAFAEL	MARTINEZ CANTILLO	63.05
5	CC	78739254	FREDYS HERNAN	ACOSTA MARTINEZ	61.80
6	CC	1143355544	ADRIAN ALBERTO	SALOM BERRIO	61.70

CUARTO: Posterior a la firmeza de la lista de elegibles, quien ocupó el primer lugar no se encuentra actualmente en la planta de la alcaldía, pero por el contrario si está quien ocupó el segundo lugar estando en periodo de prueba (anexo listado de nómina funcionarios 2021), es decir que a la fecha de hoy la lista de elegibles debe ser actualizada.

QUINTO: A raíz de lo anterior interpuse el día siete (7) de mayo del 2021 un derecho de petición a la **ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** por la plataforma “*VENTANILLA UNICA DE ATENCION AL CIUDADANO*” con radicado: EXT-AMC-21-0043649 en el que solicito **actualización de lista de elegibles y hacer uso de la misma vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 21, identificado con el Código OPEC No.73540** ya que se han posesionado los primeros de la lista y adicionalmente peticiono verificar el número de vacantes disponibles ocupados en provisionalidad equivalentes al cargo por el cual me postule, y próximos retiro por pensión entre otros afines. Pero a la fecha NO existe respuestas asociada a mi petición.

SEXTO: De igual manera y solicitando la misma información eleve petición a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)** con fecha 14 de mayo del 2021 radicado N° 20213200860002, brindando la siguiente respuesta:

La Entidad, allegó la derogatoria del nombramiento en periodo de prueba de la posición uno (1) y solicitó el uso de lista de elegibles, esta Comisión Nacional, al encontrarlo procedente autorizó el nombramiento en periodo de prueba de la elegible ubicada en la posición dos (2).

Teniendo en cuenta que la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias no ha reportado el acto administrativo de nombramiento, acta de posesión, derogatoria, revocatoria y/o aceptación de renuncia, según corresponda, de la posición dos (2) y demás novedades que puedan afectar la conformación y el uso de las listas, la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante radicado de Nro. 20211020807951 del 17 de junio de 2021 requirió dicha información.

(...)

Teniendo en cuenta que usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 73540, por el momento se encuentra en espera a que se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la lista, esto es hasta el 18 de agosto de 2022.

SEPTIMO: El 27 de junio de 2019, el Congreso de Colombia expidió la Ley 1960 “Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, donde su artículo 6º establece:

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.*

Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

OCTAVO: El día 16 de enero de 2020, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019, donde estableció lo siguiente:

En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.

Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las

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

NOVENO: El 21 de febrero de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Circular 01 en la que se dan las instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 con el fin de **garantizar y proteger el sistema del mérito en el empleo público.**

En esta Circular claramente se indica **a los jefes de talento humano los lineamientos a seguir para el reporte de las nuevas vacantes generadas,** haciendo hincapié acerca de que *“el no reporte oportuno del mismo constituye una omisión administrativa que podrá ser sancionada por la CNSC, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004”.*

DECIMO: Actualmente me encuentro desempleado, sin ninguna fuente de ingreso ni apoyo del gobierno para poder solventar los gastos de mi hogar, ni las provenientes de mis hijas menores de edad. Mi pareja permanente no puede solventar todas las obligaciones de nuestro núcleo con su salario devengado (1 SMLMV) por lo que nuestra vida digna y mínimo vital subsidiariamente se encuentran afectados (prueba #7).

DECIMO PRIMERO: Nos encontramos viviendo en una casa de familia, en donde habitar es complicado por todos los miembros que viven en ella. Por lo indica mayor fuerza salarial para solventar todas las necesidades que de ello demande. Es por ello que Encontrarme genera que mis hijas menores de edad se priven de tener una vida digna. Por lo que en esta acción de tutela aspiro que se mejoren las expectativas de vida de mi familia.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la

Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

DECIMO SEGUNDO: Existen 61 empleos vacantes en el Nivel Técnico operativo en el cual hay personas nombradas en provisionalidad, encargo o cualquier modalidad a fin y la **ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** hace caso omiso para dar implementación de la lista de elegible vulnerando **debido proceso administrativo, derecho de petición, igualdad, trabajo y acceso a funciones públicas.**

II. PRETENSION

En mérito de lo expuesto, se procede a nombrar las siguientes pretensiones:

Solicito señor juez de manera respetuosa, se me tutelen los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, derecho de petición, igualdad, trabajo y acceso a funciones públicas los cuales se vieron quebrantados por dichas entidades y, en consecuencia:

PRIMERO: se ordene a la **ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** realice la solicitud de autorización de uso de lista de elegibles a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)** para que se permita proveer, de acuerdo al estudio técnico, uno de los cargos de **TENICO OPERATIVO**, Código 314, Grado 21 u otro igual o similar de los que tienen vacantes definitivas con base en mi lista de elegibles.

SEGUNDO: solicito que se resuelva de fondo el derecho de petición incluyendo la información que solicite en su momento.

III. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA.

Respecto de lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia T-112A/2014 aduce:

En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos, esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el de acceso a los cargos públicos.

De igual forma, en la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera. Afirmó la referida providencia:

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

En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando

no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

En las anteriores decisiones y consideraciones, la Sala encuentra que los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera, en primer lugar porque al ser la lista de elegibles una cuestión con vocación temporal, esperar al transcurso de un proceso contencioso u ordinario llevaría a la extinción de dicha lista antes de la resolución del caso. Por otra parte, extender en el tiempo los posibles efectos nocivos de una decisión administrativa atentaría contra la protección misma de los derechos fundamentales que se procuran proteger.

Ante este análisis que debe ser laxo y garantista atendiendo las específicas circunstancias, la Sala considera que en el presente caso la tutela funge como mecanismo idóneo para propender por la defensa de sus derechos fundamentales.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHOS.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar

el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTICULO 4. 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.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

ARTICULO 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.

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez

o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por

él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

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.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

Procedencia de Tutela para controvertir decisiones adoptadas en el marco de un concurso público.

Sentencia T-340/20

El día veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020), la Honorable Corte Constitucional – Sala Tercera de Revisión profirió la Sentencia T-340 de 2020, en la cual protegió los derechos fundamentales de JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS y ordenó a CNSC e ICBF usar su lista de elegibles para proveer una vacante Código

2125 Grado 17 denominado DEFENSOR DE FAMILIA, en virtud de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF.

Lo relevante de este fallo constitucional es lo siguiente:

a. Problema jurídico

(...) la Corte debe determinar si se configura una vulneración de los derechos del accionante al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos, como consecuencia de la decisión del ICBF de no acudir a la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 para ocupar la vacante de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, que se generó con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016.

b. 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 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.

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.

(...)

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso subjudice. El último

fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de

la retrospectividad, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que

ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva”. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

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.

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”. 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

concurieron, 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.

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.

(...) 3.6.5. 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.

PRINCIPIO DEL MERITO - Fundamento de la función pública. Lo garantiza el sistema de carrera administrativa /

El artículo 125 de la Constitución Política, establece el principio de mérito como substrato de la función pública; por virtud del referido principio el acceso, permanencia y retiro de un empleo oficial está determinado por las condiciones demostradas por el aspirante al momento del ingreso y durante la vigencia de la relación laboral. Dichas condiciones sólo pueden verificarse mediante mecanismos técnicos de administración de personal como el denominado sistema de carrera administrativa, que considera tanto organismos como procedimientos y existe para garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al servicio, así como la eficiencia de la función pública.

Al tratarse de una vacante generada con posterioridad a la convocatoria 505 de 2017, la Lista de elegibles contenida en Resolución No 6605 del 5 de junio de 2020 debe ser utilizada para proveerla en carrera administrativa, con fundamento en la Ley 1960 de 2019 y el Decreto 498 de 2020.

En este punto debo exponer frente a la INMEDIATEZ de esta acción que si bien la vacante se generó hace nueve meses, acudo a la presente acción hasta la fecha pues con base en la CONFIANZA LEGÍTIMA que tengo en la administración asumí que la vacante quedaría reportada para la fecha en que quedara en firme la lista de elegibles. No obstante, dicha firmeza se declaró el pasado 2 de octubre y continúa reportándose para el cargo una sola vacante.

DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.

El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en

acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SENTENCIA T-112A/2014 CON M.P ALBERTO ROJAS RÍOS menciona lo siguiente:

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, 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.

En otra oportunidad, la Sentencia de unificación 446 de 2011 concluyó que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en cada una de las convocatorias realizadas, puesto que por un lado, la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar y, por otro lado, ni el legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles podría ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número de los convocados. Sin embargo aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, ya que reconocía el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, pero en el caso concreto que se estudiaba el legislador no había consagrado una

norma similar por lo que los supuestos de hecho no eran los mismos. En el mismo sentido la Corte añadió:

“Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.” (Subrayado fuera de texto)

Una vez determinado en este apartado, conforme a lo que se ha expuesto, la obligación de respetar las pautas de la convocatoria y de su carácter vinculante e inmodificable así como el deber de hacer uso de la lista de elegibles para proveer una vacante de grado igual con la misma denominación cuando así lo contempla la convocatoria, es pertinente a continuación establecer cuáles eran las pautas que debían observarse dentro de la convocatoria 001 de 2005 en la que la accionante participó con particular atención al uso de la lista de elegibles para empleos equivalentes.

(...)

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.

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 2005⁴. 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.

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.

En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos, esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el de acceso a los cargos públicos.

En el presente caso, la Sala encuentra que los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera, en primer lugar porque al ser la lista de elegibles una cuestión con vocación temporal, esperar al transcurso de un proceso contencioso u ordinario llevaría a la extinción de dicha lista antes de la resolución del caso. Por otra parte, extender en el tiempo los posibles efectos nocivos de una decisión administrativa atentaría contra la protección misma de los derechos fundamentales que se procuran proteger.

Ante este análisis que debe ser laxo y garantista atendiendo las específicas circunstancias, la Sala considera que en el presente caso la tutela funge como mecanismo idóneo para propender por la defensa de sus derechos fundamentales.

V. PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de los Derechos Constitucionales solicito a este despacho se sirva considerar las siguientes pruebas:

1.COPIA DEL ACUERDO No. CNSC -20181000006476 DEL 16-10-2018 Concurso abierto de méritos y se convoca para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDIA DE CARTAGENA - BOLI VAR "Proceso de Selección No. 771 de 2018 — Convocatoria Territorial Norte

2.COPIA DE LA RESOLUCIÓN No 7630 DE 202028-07-2020 Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer UN (1)vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 21, identificado con el Código OPEC No.73540, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias (Bolívar), Proceso de Selección No. 771 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte”

3. PANTALLAZO DERECHO DE PETICION INTERPUESTO A LA ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS CON RADICADO EXT-AMC-21-0043649

4.COPIA DE PETICION ELEVADA A LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) CON FECHA 14 DE MAYO DEL 2021 RADICADO N° 20213200860002

5.COPIA DE RESPUESTA DE PETICION COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) CON FECHA 17 DE JUNIO DEL 2021 RADICADO N° 20213200860002

6.LISTADO NOMINA FUNCIONARIOS A MARZO 2021

7.COMPROBANTE DE PAGO- NOMINA- JENIFER SARMIENTO

VI. JURAMENTO

Para los efectos previstos en el Art. 37 del Decreto 2591 de 1991 manifiesto bajo la gravedad de juramento que no he instaurado Acción de Tutela por los mismos hechos y Derechos violados, ante ninguna autoridad judicial.

adicionalmente manifiesto que el correo electrónico de las demandadas **ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** representada legalmente por WILIAM DAU CHAMAT o quien haga sus veces y **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** representada legalmente por JORGE ALIRIO ORTEGA CERON o quien haga sus veces, son verídicos y debidamente obtenidos mediante en el portal virtual de dichas entidades.

VII. NOTIFICACIONES

ACCIONANTE: Recibo notificaciones La gloria 2 calle 14 No 63 02, en el correo electrónico dannymarti30@hotmail.com ;asuarez1104@hotmail.com y en el celular +57 301 228-5945; +57 314 292-3558; (5) 6570632

ACCIONADAS: Reciben notificaciones **ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** Centro diagonal 30 # 30 - 78 Plaza de la aduana, en el correo electrónico notificacionesjudicialesadministrativo@cartagena.gov.co; atencionalciudadano@cartagena.gov.co y a las líneas telefónicas 57 + (5) 6411340; 01 8000415393

Reciben notificaciones **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL(CNSC)** Carrera 16 No. 96-64, piso 7- Bogota D.C Colombia; Carrera 12 No. 97-80, piso 5- Bogota D.C, Colombia, en el correo electrónico atencionalciudadano@cncs.gov.co; notificacionesjudiciales@cncs.gov.co y a las líneas telefónicas 57+ (1) 32597000; 01900 3311011

ATENTAMENTE,



DANY RAFAEL MARTINEZ CANTILLO

C.C N° 1.128.061.223 de Cartagena, Bolívar

