

San José de Cúcuta, Abril 20 de 2024

Señores:

JUEZ DE TUTELA (REPARTO)

E. S. D.

REF: ACCIÓN DE TUTELA CON SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR PROVISIONAL PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE.

ACCIONANTE: XIAOYEN YAO GALVIS.

ACCIONADOS: U.A.E. MIGRACIÓN COLOMBIA; COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Yo, XIAOYEN YAO GALVIS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1090393129 de Cúcuta, actuando en mi propio nombre y representación, concuro ante su Despacho para solicitar amparo a mis derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al mérito y a un orden justo, vulnerados por la U.A.E. MIGRACIÓN COLOMBIA Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, de acuerdo a los hechos, pruebas y argumentos que presentaré:

HECHOS

1.- Con fecha 28 de septiembre de 2021, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL PROFIRIÓ EL ACUERDO No. 2094 (20212010020946) Y ANEXO AL ACUERDO “Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia - Proceso de Selección No. 1539 de 2020 - Entidades del Orden Nacional 2020-2”.

2.- De acuerdo con la Lista de elegibles contenida en el acto administrativo de la Comisión Nacional del Servicio Civil Resolución N° 8603 del 17 de marzo de 2024, quedé en empate en el puesto 85 con un puntaje de 65,08, para el empleo denominado OFICIAL DE MIGRACION, Código 3010, Grado 11, identificado con el Código OPEC No. 170257.

3.- Que según respuesta dada a un derecho de petición recibido en el aplicativo C3, en su numeral 7 y 8 de respuesta, cita: “

7. **Certificar el número total de cargos cuya denominación corresponda al perfil: Cargo: Oficial de Migración Código: 3010 Grado: 11 . Posterior a la fecha del al Acuerdo No. 2094 del 28 de septiembre de 2021 (20212010020946) Por el cual se Establecieron las Reglas del Concurso Abierto de Méritos y se convocó para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia hayan sido declarados en vacancia definitiva con ocasión a la declaratoria de insubsistencia, fallecimiento, ascenso, renuncia, destitución por proceso disciplinario, invalidez total, retiro forzoso, haber adquirido las personas que se desempeñaban en dichos cargos la condición de pensionado (a) o declaratoria de abandono del cargo, especificando la dependencia a la cual se encuentran adscritos dichos cargos al interior de la Planta Global de Personal de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.**

En lo que refiere a este punto se reitera nuevamente que el empleo OFICIAL DE MIGRACIÓN, Código 3010, Grado 11, registra a la fecha veintidós (22) vacantes definitivas adicionales a las ofertadas en el concurso de méritos ya que el cierre de la Oferta Pública de los Empleos de Carrea - OPEC se cerró en el mes de febrero de 2022 y las mismas corresponden a vacancias generadas con posterioridad a la fecha de cierre de la misma.

8. **Certificar, atendiendo las prescripciones establecidas en el artículo 2.2.11.2.3 N.º Decreto 1083 de 2015 y el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales de la Función Pública, el número total de “cargos equivalentes” al cargo: Cargo: Oficial de Migración Código: 3010 Grado: 11**

Frente al presente requerimiento, se precisa que el análisis de empleos iguales o equivalentes es competencia de la CNSC, por lo que a la fecha no es posible decirle cuales son los cargos equivalentes al empleo OFICIAL DE MIGRACIÓN Código 3010 Grado 11, ya que dicho estudio no ha sido surtido en la actualidad. Así las cosas, una vez proceda, la Entidad solicitará el uso de listas de elegibles respectivo y será la CNSC quien determine dicha calidad de equivalente y autorice los usos de listas que procedan.

4.- El día 10 de abril de 2024, fue modificada la plataforma SIMO de la siguiente manera:

Dependencia	Municipio	Total vacantes
REGIONAL GUAJIRA	Valleduque	1
REGIONAL NARIÑO	No. Aplica	1
REGIONAL ANTIOQUIA	Quibdó	1
REGIONAL ORINOQUIA	Puerto Carreño	1
REGIONAL OCCIDENTE	Palmira	1
REGIONAL ANTIOQUIA	Medellín	1
REGIONAL NARIÑO	No. Aplica	1
REGIONAL ANTIOQUIA	Jirón	1
SUBDIRECCIÓN DE VERIFICACION MIGRATORIA	Bogotá D.C.	1
SUBDIRECCIÓN DE CONTROL MIGRATORIO	Bogotá D.C.	1
REGIONAL ANTIOQUIA	Bahía Solano	1
REGIONAL GUAJIRA	Maicao	2
REGIONAL ORINOQUIA	Arauca	2
REGIONAL SAN ANDRES Y PROVIDENCIA	San Andrés	3
REGIONAL ANTIOQUIA	Rionegro	3
REGIONAL ORIENTE	Cúcuta	6
REGIONAL NARIÑO	Dibales	2
REGIONAL CARIBE	Cartagena De Indias	3
REGIONAL ATLANTICO	Santa Marta	2
REGIONAL ANDINA	Bogotá D.C.	7
REGIONAL AMAZONAS	Leticia	4
REGIONAL AFROPUERTO ELDORADO	Bogotá D.C.	24

Aquí, solo se ven reflejadas 69 vacantes iniciales ofertadas en el Concurso de Méritos Entidades de Orden Nacional 2020-2.

5.- La Ley 1960 de 2019 modificó el numeral cuarto (4) del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedando así: “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.**” (Negrita y subraya fuera de texto).

Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo

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, proveerá 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. T-340-2020

6. El día 19 de abril de 2024, en la página de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, dentro de los avisos informativos del Concurso de Méritos Entidades de Orden Nacional 2020-2, aparece el siguiente:

[Citación a Audiencia Pública para la escogencia de los empleos ofertados con vacantes localizadas en diferentes ubicaciones geográficas - Proceso de Selección Entidades del Orden Nacional 2020-2](#) Imprimir
el 19 Abril 2024.

En cumplimiento de lo establecido en el parágrafo 3 del artículo 24° del Acuerdo de Convocatoria de los Procesos de Selección Nos. 1539 y 1545 Entidades del Orden Nacional 2020-2, adelantados para la **Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA**, se informa a los elegibles de los empleos identificados con códigos OPEC No. 170255, 170256, 170257, 170266, 170263, 170272, 170270, 170289, 170273 y 170145 que, los días 22, 23 y 24 de abril de 2024 se adelantará **AUDIENCIA PÚBLICA VIRTUAL PARA ESCOGENCIA DE VACANTES LOCALIZADAS EN DIFERENTES UBICACIONES GEOGRÁFICAS**, con el fin de que los mismos seleccionen y asignen en el orden de su preferencia la ubicación geográfica de su interés.

Por tanto, se habilitará el aplicativo SIMO desde las 00:00 horas del 22 de abril de 2024 hasta las 23:59 del 24 de abril de 2024, fecha en la cual culmina la Audiencia Pública. Recuerde que a la misma solo serán citados UNICAMENTE los elegibles que hayan ocupado posición meritatoria, de conformidad con la cantidad de vacantes ofertadas para cada empleo y siempre que su posición se encuentre en firme.

Tenga presente que, si por algún motivo **NO** asigna la priorización para la escogencia de la ubicación geográfica de las vacantes dentro del plazo establecido en la citación, la Entidad nominadora que ofertó el empleo al que se inscribió, le asignará una ubicación por sorteo, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 5 del Acuerdo No. 0166 de 2020.

La Guía de Orientación audiencias virtuales para escogencia de vacantes del Proceso de Selección Entidades del Orden Nacional 2020-2, se puede consultar en la página web de la CNSC en el siguiente enlace <https://historico.cnsc.gov.co/index.php/guias-orden-nacional-2020-2>.

Frente a casos de **empate** en las Listas de Elegibles, el representante legal de la entidad deberá dar estricta aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo de Convocatoria y Modificatorio correspondiente a su entidad, en concordancia con el Acuerdo 165 de 2020.

En los términos previstos en el parágrafo segundo del artículo 5 del Acuerdo CNSC Nro. 166 de 2020, en el caso de las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza individual, se efectuará inicialmente la Audiencia Pública con los elegibles que ocuparon el primer o primeros lugares con firmezas de las posiciones, en forma consecutiva. Las demás vacantes se llevarán a Audiencia a medida que adquieran firmeza las posiciones superiores.

7. Es importante mencionar que la Circular Externa No. 0011 del 2021, imparte lineamientos relacionados con las circunstancias previstas en los artículos 2.2.5.1.13 y 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015, que den lugar a la generación de vacantes definitivas de un empleo de carrera, y frente al deber de la Entidad de realizar el reporte dentro de los 5 días siguientes a la ocurrencia de la novedad, hecho que la **U.A.E. MIGRACIÓN COLOMBIA OMITIÓ** por completo debiendo informar de las vacantes adicionales generadas después del cierre de la OPEC.

8. El día 15 de abril de 2024, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Tunja profirió Auto admisorio de Tutela bajo el radicado 15001-31-18-001-2024-00030-00, cuyo criterio comparto y solicito se tenga como precedente al presente trámite pues por **ANALOGÍA** procede su aplicabilidad, ordenó suspender la etapa de citación y realización de audiencia pública para la escogencia de las vacantes localizadas en diferentes ubicaciones geográficas, respecto a los elegibles denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, Opec 169887 dentro del proceso de selección abierto No. 1357 de 2019 – INPEC ADMINISTRATIVOS, hasta que se emita sentencia dentro de esta acción constitucional.

9. El día 17 de Abril de 2024, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL profirió Auto No. 136 “Por medio del cual se da cumplimiento a la medida provisional decretada por

el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCION DE CONOCIMIENTO DE TUNJA, dentro de la Acción de Tutela instaurada por el señor JAMID FERNANDO MORALES SÁNCHEZ, en el marco del Proceso de Selección No. 1357 de 2019 INPEC ADMINISTRATIVOS”

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, presento a ustedes las siguientes:

PETICIONES

Con fundamento en los hechos, con todo respeto:

1.- Solicitar a la UAE Migración Colombia la realización del desempate en el que me encuentro del puesto 85 en la lista de elegibles según RESOLUCIÓN N° 8603 del 17 de marzo de 2024.

2.- Solicitar a la UAE Migración Colombia notifique a **la Comisión Nacional del Servicio Civil en razón a la comunicación de las 22 vacantes definitivas adicionales a las ofertadas en el concurso y al uso de la lista de elegibles según RESOLUCIÓN N° 8603 del 17 de marzo de 2024, las cuales corresponden al cargo denominado OFICIAL DE MIGRACION, Código 3010, Grado 11 ofertadas en el concurso identificado con el Código OPEC No. 170257.**

3. Que se **SUSPENDA PROVISIONALMENTE** el proceso de audiencias de la Opec No. 170257 hasta tanto no sea actualizado en el aplicativo SIMO las 91 vacantes disponibles con sus ciudades correspondientes para poder optar por la escogencia de las mismas.

4.- Que sean vinculados al presente trámite las personas que hacen parte de la lista de elegibles según RESOLUCIÓN N° 8603 del 17 de marzo de 2024 y demás terceros con eventual interés dentro del proceso de Selección, en la modalidad Abierto - Proceso de Selección No. 1539 de 2020 - Entidades del Orden Nacional 2020-2, respecto al empleo OFICIAL DE MIGRACION, Código 3010, Grado 11, Opec No. 170257.

LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

Me encuentro legitimada para solicitar la Tutela de mis Derechos fundamentales, a la: **DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS**

VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA, toda vez que me encuentro dentro de las 106 posiciones meritorias para el acceso a la Citación a Audiencia Pública para la escogencia de los empleos ofertados con vacantes localizadas en diferentes ubicaciones geográficas - Proceso de Selección Entidades del Orden Nacional 2020-2.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

.....“Sobre el principio de inmediatez se tiene que la H Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela debe interponerse en un plazo razonable contado desde los hechos que violaron los derechos fundamentales del accionante, con el fin de no crear situaciones de inseguridad, que violen derechos de terceros involucrados. Sin embargo, tal criterio no es absoluto, por cuanto en los casos en los cuales existe una violación continua y actual de los derechos es aceptable que haya transcurrido un lapso de tiempo mayor sin que se haya hecho uso de la acción de tutela. Idéntica consideración se aplica en los casos en los cuales se argumenta la expedición de nueva jurisprudencia de las altas cortes sobre la materia, la cual puede considerarse como la existencia de un hecho nuevo que actualiza el interés del accionante. Así, en efecto, se pronunció esa Alta Corporación en sentencia T-619 de 2009 en la que razono bajo el siguiente tenor: Con todo, la Corte ha precisado que, bajo ciertos parámetros, es aceptable un mayor espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela. En este sentido, en Sentencia T-158 de 2006 expuso: “De la jurisprudencia de esta Corporación se puede derivar que solamente es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. [41] Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”. “Ahora bien, la actora atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales al auto proferido el 23 de marzo de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó el recurso de apelación contra la sentencia emitida por la misma Corporación el 13 de octubre de 2005. E instauró la presente acción de tutela el 10 de diciembre de 2008 [42]. Esto significa que demoró 2 años y 8 meses en presentar la acción de tutela. Para determinar si este es un término razonable es necesario tener en cuenta, además de la naturaleza y fines propios de acción de tutela, las circunstancias específicas en que se ha encontrado la accionante. En primer lugar, a pesar de que el hecho

que originó la vulneración de los derechos es bastante lejano con relación al momento en que se presentó la acción de tutela, no se puede desconocer que el auto del 23 de marzo de 2006, al negar el recurso de apelación, impidió que la accionante tuviera la posibilidad de una segunda instancia y un eventual reajuste pensional, por lo cual la vulneración de sus derechos no ha desaparecido, sino que ha permanecido en el tiempo y es actual. En segundo lugar, la accionante aduce como fundamento de la demanda la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado, contenida en los autos de fechas 12 de julio de 2007 y 21 de agosto de 2008, los cuales dirimieron conflictos similares al aquí analizado y trajeron consigo elementos nuevos sobre el principio de la doble instancia en los procesos administrativos que, a pesar de haber sido admitidos con vocación de doble instancia, con la entrada en vigencia de nuevos cuerpos normativos terminaron convirtiéndose en de única instancia[43]. Esa circunstancia se puede considerar como un hecho nuevo que sirvió a la accionante como fundamento para interponer la acción de tutela. “En consideración a lo anterior, la Sala estima que el término para presentar la acción de tutela es razonable y no impide la procedencia de la misma. Esta Corporación en jurisprudencias pasadas ha considerado que fue la sentencia T-329 de mayo de 2009, la primera sentencia en la cual la Corte Constitucional analizó en concreto la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2007 y determinó por vía de Excepción de Inconstitucionalidad, que la norma no se encontraba acorde con el ordenamiento jurídico, situación que bien podía considerarse como un hecho nuevo para justificaba la interposición de la acción de tutela con posterioridad a dicho pronunciamiento. Sin embargo, la Sala considera que dicho razonamiento no puede aplicarse al caso concreto por las razones que pasan a explicarse enseguida. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la H Corte Constitucional data de 14 de mayo de 2009 y por tanto a la fecha de interposición de la tutela ya habían transcurrido 11 meses desde dicha providencia sin que el actor hubiera solicitado el amparo requerido. Si lo anterior fuera poco, comparte el Tribunal, la afirmación realizada por el a-quo al indicar que los planteamientos de dicha jurisprudencia y posteriores, no se aplican al caso del actor, debido a que en aquella ocasión el debate versaba sobre la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2008 al introducir un método mixto de elección de gerente de las ESEs que si bien consagró la obligatoriedad de la convocatoria a un concurso de méritos, lo cierto era que la junta directiva de dichas instituciones podía designar libremente la terna al nominador para que éste escogiera al funcionario que se había de desempeñar en el cargo. La Corte en tales jurisprudencias concluyó que debía darse prelación al concurso de méritos de conformidad con el art 125 de la Constitución Política y por tanto declaró su inconstitucionalidad en principio por excepción vía tutela y luego su inexecutable en sentencia C-181-10 de 17 de marzo de 2010. Por tanto, la fecha que debe tenerse en cuenta para evaluar el caso del actor, es la fecha de nombramiento como gerente, 15 de diciembre de 2008, término que a juicio de la Sala no se considera razonable para la interposición de la acción propuesta... De conformidad con la jurisprudencia trascrita, la Sala observa que no es suficiente el argumento de que la violación del derecho alegado por el actor permanezca en el tiempo para que la acción de tutela proceda, ya que en tales casos existe una obligación del accionante de interponerla lo antes

posible y en caso de que no lo haya hechos debe existir razones justificadas para dicha pasividad, las cuales no aparecen siquiera vislumbradas dentro de la presente actuación por lo que forzoso resulta declarar la improcedencia del amparo propuesto”

PROCEDENCIA

En Sentencia T-024/07 planteó la honorable Corte Constitucional, respecto a la procedencia de la Acción de Tutela: "... El artículo 86 de la Carta Política dispone Que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales, siempre que no cuente con otro medio judicial de protección y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prevé que la existencia del recurso que enerva la acción de tutela se apreciará en concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante. En armonía con lo expuesto esta Corporación ha considerado que, salvo la ineficacia comprobada de los recursos o medios de defensa existentes frente al caso concreto, la acción de tutela es improcedente para juzgar las actuaciones administrativas, porque el ordenamiento prevé procedimientos para resolver las controversias y los litigios originados en las actividades de las entidades públicas. Señala la jurisprudencia, respecto de la eficacia de medio judicial: "Considera esta corporación que, cuando el inciso 30. Del artículo 86 de la carta Política se refiere a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..." como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía". Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de los Derechos Fundamentales vulnerados; Igualdad, Derecho de Petición, Trabajo, Debido Proceso, Acceso a Cargos y Funciones Públicas, así como a los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe y Seguridad Jurídica, es en el presente caso la Acción de Tutela, ya que de acudir a las Acciones Contencioso Administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia y eficacia. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE LA TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS. De tiempo atrás la Jurisprudencia aceptaba la procedencia excepcional de la acción de tutela a efectos de la protección de los derechos fundamentales de quien ha

participado en un concurso de méritos, pese a existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se torna ineficaz cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable: “La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediadamente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción, Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño ius fundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional”.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL ELEGIBLE DE UN CARGO EN LISTA EN FIRME POR CONCURSO DE MÉRITOS SEGÚN EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Según lo ha señalado el precedente jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL (incluso la reciente de la Sentencia T-133 de 2016 ya vigente el CPACA -Ley 1437 de 2011-), la Acción de Tutela resulta procedente para la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que nos encontramos para proveer un cargo de carrera dentro de una Lista de Elegibles de Concurso de Méritos que tenga firmeza, habiendo o no pronunciamiento administrativo (en este caso hay omisión y vencimiento de términos como se explicará en los hechos), y no la vía ordinaria del Contencioso Administrativo. Esto señala la Sentencia T-133 de 2016 citada.

5.1 Derecho a ser nombrado en empleos equivalentes

La Constitución Política mediante el artículo 125, consagra como derecho y garantía constitucional el mérito para el acceso al empleo público, allí se establece que “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.”

A su vez, el artículo 130 de la Constitución Política establece que 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.

En correspondencia al artículo 1 del mismo texto normativo el mérito coadyuva con el cumplimiento de los fines del Estado y el interés general.

El empleo público es regulado por la Ley 909 de 2004 que fue modificada por la Ley 1960 de 2019, la cual introduce dos importantes cambios: el primero consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad; mientras que el segundo modificó el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, así, 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***”. (Negrita subrayada fuera del texto original)

La Comisión Nacional del Servicio Civil también se pronunció frente al uso de listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año 2019, por ello un Criterio Unificado el 1 de agosto de 2019, en el que indicó que su uso solo sería aplicable a los acuerdos de convocatoria **aprobados después de su entrada en vigencia**; no obstante, posteriormente, la misma Comisión deja 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 OPEC de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad.

A su vez, la Sentencia T- 340 de 2020 de la Corte Constitucional expuso que existe una variación en los concursos de méritos, específicamente a la aplicabilidad de la Lista de elegibles, atendiendo a que la normativa anterior y la jurisprudencia de la corte partían de la premisa de 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; mientras que en la nueva modificación se amplía su utilización para 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, analizando las figuras de la retroactividad, ultra actividad y la retrospectividad, como sigue a continuación:

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.

Ultra actividad: 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”.

Retrospectivita: 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. (negrita y subraya fuera de texto)

La Corte afirmó entonces que para la Ley 1960 de 2019 se procede a su aplicación en forma retrospectiva en los siguientes términos:

Con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 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. 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.

En este sentido el Departamento Administrativo de la función Pública en concepto 102361 de 2021 afirmó:

4. Según la Corte, ***para el caso de la vigencia de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 2019 es posible dar lugar a una aplicación retrospectiva de la norma, 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, como es el caso de quien se presentó a un concurso de méritos adelantado en un año anterior al 2019, que se encuentra en lista de elegibles en orden superior a los empleos que se busca proveer***; es decir, su situación jurídica no ha sido consolidada, pues tiene una expectativa de ser nombrado, cuando quiera que, quienes lo antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y mientras permanezca vigente la lista de elegibles. (negrita y subraya fuera de texto).

Es claro entonces que para el caso concreto se debe aplicar la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, y se debe hacer el nombramiento en vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surgieron con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, mientras la lista de elegibles esté vigente, lo que ocurre en el presente caso.

SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL

El decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, establece que el Juez Constitucional, cuando lo considere necesario y urgente para proteger un derecho amenazado o vulnerado “suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere”.

En efecto, el artículo 7° de esta normatividad señala:

“ARTÍCULO 7o. MEDIDAS PROVISIONALES PARA PROTEGER UN DERECHO.

Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado”.

PRUEBAS

1. Cedula de ciudadanía.
2. Resolución 8603 del 17 de marzo de 2024 Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer vacantes definitivas del empleo denominado OFICIAL DE MIGRACION, Código 3010, Grado 11, identificado con el Código OPEC No. 170257, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA_EON 2020-2_ABIERTO”
3. Respuesta a derecho de petición por parte de la UAE Migración Colombia en donde se evidencia las 22 vacantes adicionales.
4. Acuerdo y anexos de la convocatoria 1539 Entidades del Orden Nacional 2020-2.
5. Auto admisorio de Tutela bajo el radicado 15001-31-18-001-2024-00030-00 del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Tunja.
6. Auto No. 136 de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.

ANEXOS

Los mencionados en el acápite anterior.

COMPETENCIA

Corresponde a su honorable despacho, desatar esta acción, dada la naturaleza del asunto, conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000.

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, manifiesto que no he instaurado otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos materia de esta acción, según lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

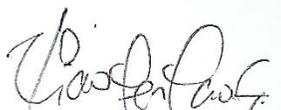
NOTIFICACIONES

LOS ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.
Dirección: Carrera 16 No. 96 - 64, Piso 7 - Bogotá D.C., Colombia. Teléfono: 01900 3311011. Correo notificaciones judiciales: atencionalciudadano@cncs.gov.co
notificacionesjudiciales@cncs.gov.co

UAE MIGRACIÓN COLOMBIA. Dirección: Calle 24ª # 59-42 Edificio Argos Torre 3
Piso 4 Bogotá • Conmutador: 605 5454 Ext 5300 Correo de notificaciones judiciales:
noti.judiciales@migracioncolombia.gov.co

EL ACCIONANTE: Recibo notificaciones en la siguiente dirección: **CRA 3 # 6-45 FÁTIMA, VILLA DEL ROSARIO, NORTE DE SANTANDER**, celular 3183918437, correo electrónico: xiaoyen00@hotmail.com

Atentamente,



Nombre: XIAOYEN YAO GALVIS
C.C. 1090393129 DE CÚCUTA.