

## JUZGADO VEINTIDOS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, veintiuno (21) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Sentencia	Tutela Nro. <b>079</b>
Accionante	<b>Catalina Flórez Santa</b> C.C. Nro. 1.042.062.460
Accionadas	<b>Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- Municipio de Itagüí</b> <b>Servidores que estén ocupando los cargos de profesional universitario, Código 219, Grado 1 en provisionalidad o en encargo al interior del Municipio de Itagüí y concursantes de la OPEC 34662 del Proceso de Selección Convocatoria No. 429 de 2016- Antioquia</b>
Radicado	No. 05001 31 05 <b>022 2021 00216 00</b>
Instancia	Primera
Sentencia	Unificada Nro. <b>134</b>
Temas	Principio constitucional del mérito. Otro mecanismo.
Decisión	Se Declara la <b>improcedencia de la acción de tutela.</b>

En la oportunidad señalada en el artículo 86 de la Constitución Política, se resuelve la Acción de Tutela promovida por **Catalina Flórez Santa**, identificada con la C.C. Nro. 1.042.062.460, en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-** y **Municipio de Itagüí**, entidades representadas por Jorge Alirio Ortega Cerón y José Fernando Escobar respectivamente, o por quienes hagan sus veces, acción dentro de la cual se vinculó por pasiva a los servidores que estén ocupando los cargos de profesional universitario, Código 219, Grado 1 en provisionalidad o en encargo al interior del Municipio de Itagüí y a los concursantes de la OPEC 34662 del Proceso de Selección Convocatoria No. 429 de 2016- Antioquia.

### 1. ANTECEDENTES

A través del presente trámite de amparo constitucional, **Catalina Flórez Santa** pretende que se tutelen sus derechos fundamentales invocados como amenazados y violados, a fin de cesar y evitar un daño irremediable más gravoso y se ordene al municipio accionado a realizar de inmediato la solicitud de Autorización del Uso de Listas de elegibles a la CNSC, para 1 vacante definitiva en un “*mismo empleo*” o para las 13 vacantes definitivas en “*empleos equivalentes*” ubicados en el MUNICIPIO DE ITAGÜÍ, de acuerdo a las directrices de la CNSC para surtir las vacantes definitivas del empleo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 1, del Sistema General de Carrera del MUNICIPIO DE ITAGÜÍ, con la lista de elegibles conformada en la Resolución de Listas de elegibles No. CNSC- 20192110081375 del 18-06-2019 cuya firmeza vence el 03 de julio de 2021, en la cual, en su sentir, se encuentra ocupando el primer (1) lugar actualmente dentro de la Lista de Elegibles, además solicita que se ordene a la CNSC realizar el estudio técnico de la Resolución de la lista antedicha y remita dentro del término de 48 horas, la autorización con los nombres para cubrir las vacantes definitivas de dicho empleo.

Como fundamento de su pretensión adujo que la CNSC convocó a concurso abierto de méritos mediante Acuerdo 20161000001356 del 12 de agosto de 2016



para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del municipio de Itagüí, en él, se estableció el cronograma y las reglas generales aplicables a todos los casos, con la apertura de la Convocatoria se inició todo un trámite tendiente a consolidar listas de elegibles de los diferentes empleos de la oferta pública de empleos de carrera del municipio de Itagüí que diera aplicación al artículo 125 de la Constitución Política, esto es; que el mérito y el concurso público abierto dentro del sistema de carrera administrativa, fueran los únicos componentes a tener en cuenta para la selección de quienes aspiran a ocupar los cargos al servicio del Estado. Arguyendo además que la vacante a la que aspira se denomina profesional universitario, código 219, grado 1, identificado con la OPEC 34662, a cuyo cargo se inscribí por cumplir con los requisitos y contar con las competencias.

De otro lado, mencionó que la CNSC expidió la Resolución de Listas de elegibles No. CNSC- 20192110081375 del 18-06-2019 de la CNSC y en ella ocupó el sexto (6°) lugar, adicionando que ya se posesionaron en los cargos las personas que le antecedían, entonces pasó a ocupar el primer lugar.

En adición a lo anterior, comentó que el propósito del empleo denominado profesional universitario, código 219, grado 1, el cual pertenece a una planta Global, y al cual concursó es:

*“Participar en la planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes, programas, proyectos de la dependencia, de acuerdo con la orientación estratégica y de gestión de la entidad, realizando los estudios e investigaciones necesarios, con el fin de asegurar la ejecución de los procedimientos del área”.*

Arguyendo también que el artículo 80 de la Convocatoria No. 429 de 2016-Antioquia establece la recomposición de las 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 la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 77° y 78° del presente Acuerdo”* Por esta razón en su sentir se encuentra ocupando el primer lugar al haberse posesionado las 5 primeras personas.

Por otra parte, expuso que dentro de las gestiones que ha adelantado, el municipio accionado mediante oficio con fecha 12 de febrero de 2020 le resolvió el derecho de petición radicado 20021199907692, en donde le informaban que habían sido posesionados los primeros cinco interesados de la lista de elegibles; luego, el 13 de mayo de 2021 (aunque la fecha de la prueba dice 13 de mayo de 2020, la respuesta es de este año 2021, pues se adjuntan documentos expedidos en diciembre de 2020) el municipio, en Respuesta a derecho de petición presentado con radicado 21042099920262 radicado el 20/04/2021, le resolvió con una respuesta de la que concluye que existen 27 empleos en provisionalidad en el municipio, a su vez detalla uno a uno los 90 empleos dentro de los cuales se



observan los 27 en provisionalidad dentro de los cuales al menos existe 1 vacante definitiva en un “*mismo empleo*” y 13 vacantes en “*empleos equivalentes*”, adicionando que dentro del listado que le entrega el municipio de Itagüí, observa uno que corresponde al “*mismo empleo*”, *pues este se encuentra en la misma dependencia para la cual participe y maneja un idéntico manual de funciones*”, además expresó que solicitó el documento denominado “plan anual de vacantes” correspondiente al año 2020, el cual le adjuntaron con esta respuesta que:

*“Las vacantes deberán suplirse con base en la lista de elegibles establecidas para empleos de carácter permanente, o en su defecto se deberán escoger a los candidatos haciendo una evaluación detallada de las aptitudes académicas y personales de los aspirantes. (Ley 909 del 2004, Artículo 21).*”

*“De acuerdo con la información de las vacantes al 31 de diciembre de 2020, la planta de empleos tiene nueve (9) empleos del nivel profesional vacantes, seguido por ocho (8) del nivel técnico y tres (3) del nivel asistencial.”*

Así mismo, acerca de los reportes en el plan anual de vacantes le informaron:

*En Consecuencia, para el año 2020 se realizó el reporte de las vacantes definitivas generadas para los niveles de empleo Profesional, Técnico y Asistencial fueron reportados a través del aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad -SIMO-, de la Comisión Nacional de Servicio Civil y aún no han sido convocados para concurso de méritos de acuerdo con la normatividad vigente.”*

Concluyendo que de ello se colige que el municipio no tiene dentro de sus planes ocupar las vacantes definitivas a través de la figura del “*Uso de listas de elegibles*” sino ocuparlas conforme a la ley 909, lo cual, según su dicho, desconoce el debido proceso, luego hizo un comparativo entre los empleos OPEC 34662 (al cual concursó) y el empleo 53 del listado del Municipio con vacantes en provisionalidad haciendo símiles en las funciones, la asignación básica y la ubicación geográfica de ambos.

Ergo, indicó como fundamentos de derecho dentro del acápite fáctico que la Ley 1960 de 2019 junto al criterio unificado del uso de la lista de elegibles para empleos equivalentes emitido por la CNSC le eran aplicables, por lo que con base en ello, petitionó ante el municipio lo respectivo.

En consecuencia, dicho municipio le denegó esa posibilidad, teniendo el mismo la obligación de elevar la solicitud a la CNSC, para que ésta, sea quien realice el estudio técnico y establezca la posibilidad de proveer los empleos que ha referido, lo que demuestra, según su dicho, la configuración del defecto procedimental absoluto; de igual manera, comentó que el Municipio de Itagüí le niega la solicitud sin tener competencia para ello, lo que comprueba la configuración de un defecto orgánico lo que acarrea una violación al debido proceso.



Finalmente afirmó que no tiene estabilidad laboral en la actualidad por cuanto es contratista independiente.

## **2. TRÁMITE PROCESAL**

Por cumplir con los requisitos del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 se admitió y se ordenó darle trámite preferencial a la presente acción de amparo constitucional, denegándose la medida provisional solicitada por no acreditarse una urgencia manifiesta que diera al traste con la acción constitucional, poniendo en conocimiento de las entidades tuteladas dicho proveído y solicitándole un pronunciamiento sobre los hechos de la tutela en el término de dos días hábiles. Posteriormente mediante providencia del 11 de junio de 2021 se vinculó por pasiva, con la colaboración armónica de las entidades a los terceros que se pudieran ver afectados por la decisión, esto es, los servidores que estén ocupando los cargos de profesional universitario, Código 219, Grado 1 en provisionalidad o en encargo al interior del Municipio de Itagüí y a los concursantes de la OPEC 34662 del Proceso de Selección Convocatoria No. 429 de 2016- Antioquia.

## **3. RESPUESTA A LA TUTELA**

Notificadas en debida forma y vencido el término legal, el municipio accionado, a través de apoderada especial para tales fines, adujo que

*Luego de realizar el análisis de la información de la planta de cargos identificó que no tiene empleos vacantes que cumplan con la condición de mismos empleos u empleos equivalentes, en el contexto de la normatividad vigente para proceder a solicitar autorización de uso de lista de elegibles a la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC-, para el empleo identificado con OPEC 34662, denominación Profesional Universitario, Código 219, Grado 01.*

Además, recordó o reiteró el trámite administrativo que la accionante impulsó previo a impetrar la acción constitucional, enfatizando en su postura respecto a que *“el artículo 6 de la Ley 1960 del 2019 no aplica para las listas de elegibles conformadas por la Convocatoria 429 de 2016 – Antioquia, conforme a lo dispuesto por autoridades administrativas en materia de carrera administrativa y empleo público, como lo son la CNSC y el DAFP, respectivamente”*, adicionando que

Las listas de elegibles producidas con ocasión de la Convocatoria 429 de 2016 – Antioquia, no pueden ser utilizadas para proveer vacantes no ofertadas en ella y esta regla le fue informada previamente a la accionante, quien fue aceptada al participar en esta Convocatoria, según lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 14 del Acuerdo No.20161000001356 de 2016 expedido por la CNSC

Para concluir que se debía negar por improcedente la acción de tutela por cuanto la tutelante dispone de otro mecanismo de defensa el cual es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.



Por su parte, la CNSC en su libelo de contradicción, a través de su asesor jurídico expuso que tras consultar el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco la Convocatoria Nro. 429 de 2016, la Alcaldía de Itagüí, ofertó cinco (5) vacantes para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 34662 Denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 1, agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. 20192110081375 del 18 de junio de 2019 se conformó Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, lista que estará vigente hasta el 4 de julio de 2021., la accionante quedo en la posición No. 6 es decir 1 vacante por encima de los empleos ofertados, aduciendo además que la competencia de la CNSC frente a los procesos de selección está limitada a las fases de i) convocatoria, ii) reclutamiento iii) aplicación de pruebas y iv) conformación de listas de elegibles, recayendo en las entidades destinatarias del concurso la responsabilidad de realizar los nombramientos en período de prueba de los elegibles, mismo que una vez culminado deberá ser evaluado emitiendo la calificación que en derecho corresponda, además comentó que

*Ahora en lo atinente a lo señalado en el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015 frente a “Empleos equivalentes”, cuyo tenor dispuso “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”*

*Cabe resaltar, que dicha normativa está dispuesta en el Capítulo 2 Derechos de los Empleados de Carrera por Supresión del Empleo, Título 11 Del retiro del servicio de la aludida norma por lo tanto **la aplicación del citado artículo se encuentra encaminada al amparo de los derechos del empleado que OSTENTA derechos de Carrera Administrativa cuando el empleo que desempeña ha sido objeto de supresión.***

*En consecuencia, se colige que dicha disposición no es aplicable los elegibles pues estos no ostentan derechos de carrera en el empleo para el cual concursaron.*

*En virtud de lo anterior es obligación de las entidades en este caso de la Alcaldía de Medellín(SIC) realice el estudio técnico correspondiente a fin de identificar si los empleos declarados desiertos argumentados por el accionante, cumplen con el criterio de mismos empleos frente a la OPEC 28886 de ser así abran(SIC) de estarse(SIC) a lo dispuesto a circular No. 001 de 2020 realizando el respectivo reporte de la OPEC y posterior solicitud de uso de listas y autorización ante la CNSC.*

Aunado a lo anterior señaló que El acuerdo No. 562 de 5 de enero de 2016 era la norma aplicable a la convocatoria en cuestión, por cuanto reglamentó 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, expresando que puede ser



consultada a través del siguiente enlace <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad/acuerdos>. Solicitando se declarara la improcedencia de la acción constitucional, entre otras cuestiones por disponer la tutelante del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, encontrando su basamento en una sentencia de tutela emitida por la Sala Única del Tribunal Superior de Arauca del 3 de septiembre de 2020.

De otro lado, los terceros o servidores vinculados por pasiva no hicieron pronunciamiento alguno frente a la acción impetrada.

## 4. CONSIDERACIONES

### 4.1. Competencia

Es competente este Despacho para conocer la presente acción constitucional, conforme lo consagra los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991. Esta acción de tutela es un mecanismo para la protección inmediata de los Derechos Fundamentales Constitucionales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos contemplados por la ley; dicho mecanismo opera siempre y cuando el ciudadano afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o, existiendo esos medios, la acción se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

### 4.2. Asunto a Resolver

**Catalina Flórez Santa** promovió Acción de Tutela en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y Municipio de Itagüí**, pretendiendo que se ordene al municipio accionado a realizar de inmediato la solicitud de Autorización del Uso de Listas de elegibles a la CNSC, para 1 vacante definitiva en un “*mismo empleo*” o para las 13 vacantes definitivas en “*empleos equivalentes*” ubicados en el MUNICIPIO DE ITAGÜÍ, de acuerdo a las directrices de la CNSC para surtir las vacantes definitivas del empleo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 1, del Sistema General de Carrera del MUNICIPIO DE ITAGÜÍ, con la lista de elegibles conformada en la Resolución de Listas de elegibles No. CNSC-20192110081375 del 18-06-2019 cuya firmeza vence el 03 de julio de 2021, en la cual, en su sentir, se encuentra ocupando el primer (1) lugar actualmente dentro de la Lista de Elegibles, además solicita que se ordene a la CNSC a realizar el estudio técnico de la Resolución de la lista antedicha y remita dentro del término de 48 horas, la autorización con los nombres para cubrir las vacantes definitivas de dicho empleo.

### 4.3. Principio constitucional del mérito

En sentencia T-340/20 la Corte Constitucional haciendo un recuento histórico extenso, explicó sobre ese tópico que



*...El artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. Así, consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.*

*Según lo ha explicado esta Corporación, la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.*

*El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.*

*El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito “constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”*

*3.5.2. El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos. Este último corresponde a los procesos en los que a través de criterios objetivos se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para, con dichos resultados, designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.*

*Respecto de la función del concurso público como garantía de cumplimiento del mérito, en la Sentencia C-588 de 2009, en la cual se declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, esta Corporación afirmó que:*

*“Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. Así pues, el sistema de concurso ‘como regla general regula el ingreso y el ascenso’ dentro de la carrera y, por ello, ‘el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el*



*desempeño de los empleos’, pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘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 concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante’.*"

*3.5.3. En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió la Ley 909 de 2004, entre otras, para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera. El artículo 27 de esta ley definió la carrera administrativa como “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”. Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se hará exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad. Dentro de este contexto, el artículo 28 enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran: el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.*

*En la mencionada ley se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente encargado de la administración y vigilancia de las carreras, excepto aquellas que tengan carácter constitucional especial y que esta entidad también es la encargada de realizar los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa.*

*Así pues, en la Ley 909 de 2004 se establecieron las etapas del proceso de selección o concurso, en los siguientes términos: La primera de ellas es la convocatoria, que debe ser suscrita por la CNSC y por el jefe de la entidad u organismo cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer, y que se convierte en el acto administrativo que regula todo el concurso. La segunda, es el reclutamiento, que tiene como objetivo atraer e inscribir a los aspirantes que cumplan con los requisitos para el desempeño del empleo convocado. La tercera, la constituyen las pruebas, cuyo fin es identificar la capacidad, aptitud, idoneidad y adecuación de los participantes y establecer una clasificación de candidatos. La cuarta, es la elaboración de la lista de elegibles, por estricto orden de mérito, la cual tendrá una vigencia de dos años y con la cual se cubrirán las vacantes. La quinta y última etapa, es el nombramiento en período de prueba de la persona que haya sido seleccionada por el concurso.*

*Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2005, que reguló parcialmente la Ley 909 de 2004. El artículo 7, modificado por el Decreto 1894 de 2012, estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el párrafo 1 de este artículo se dispuso que: “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".

3.5.4. En vigencia de estas normas, la Corte se pronunció varias veces sobre el problema jurídico sometido en esta ocasión a consideración de la Sala, esto es, la posibilidad de que una lista de elegibles fuera usada para proveer cargos de vacantes definitivas que no fueron convocadas inicialmente a concurso.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 estableció que una lista de elegibles genera en las personas un derecho de carácter subjetivo a ser nombradas en el cargo para el cual concursaron, cuando este quede vacante o esté siendo desempeñado por un funcionario en encargo o provisionalidad, de manera que la consolidación del derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer", razón por la cual, las listas de elegibles, una vez publicadas y en firme, son inmodificables.

Posteriormente, en la Sentencia SU-446 de 2011 estudió el caso de algunos integrantes de listas de elegibles para ocupar cargos en la Fiscalía General de la Nación, que reclamaban ser nombrados en cargos no convocados inicialmente. En esta decisión se negaron las pretensiones de los accionantes, con fundamento en que el propósito de la lista de elegibles es que se provean las vacantes para los cuales se realizó el concurso, por lo que durante su vigencia solo puede ser usada para ocupar los empleos que queden vacantes en los cargos convocados y no en otros. Al respecto, en la referida sentencia se señaló que:

"Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso."

Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-654 de 2011, al decidir sobre las pretensiones de una concursante que ocupó un lugar en la lista de elegibles que superaba el número de vacantes convocadas, pero que solicitó su nombramiento en un cargo equivalente que fue creado con posterioridad a la convocatoria.

Y sobre la Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo consideró

...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...

(...)

...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”, 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.”***

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

Dentro de esa misma providencia, en el salvamento de voto propuesto por el magistrado Alejandro Linares Cantillo se adujo que

*“... el accionante podía acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de ventilar sus solicitudes. Éste constituía el medio ordinario que resultaba idóneo, por cuanto permitía proteger los derechos fundamentales a la carrera administrativa, a la igualdad, al trabajo y a la confianza legítima; y era efectivo, en la medida en que permitía brindar una protección oportuna de los mismos. Por esta razón, considero que la decisión adoptada en la sentencia T-340 de 2020 no logra desvirtuar adecuadamente la idoneidad y eficacia de este medio de defensa judicial, en donde el actor incluso contaba con la posibilidad de solicitar medidas cautelares*

(...)

5. *Inclusive, resulta necesario señalar que la sentencia T-340 de 2020 realiza un análisis equivocado respecto de las medidas cautelares, por*



cuanto parecería confundir la función de las medidas, las cuales, como se dijo, son provisionales, con la protección definitiva del derecho, que se da con la decisión contenida en la sentencia que pone fin al proceso respectivo.

6. En últimas, considero no resulta admisible que, bajo el pretexto de estar protegiendo el principio del mérito (como se argumenta en la decisión de la cual me aparto en esta ocasión), se desplacen los mecanismos ordinarios de defensa que han sido dispuestos por el ordenamiento jurídico, hasta el punto de desconocer el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela.

7. Por otra parte, e independientemente del hecho de no compartir la determinación sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, considero necesario hacer ciertas observaciones respecto de la parte motiva de la sentencia T-340 de 2020.

8. En primer lugar, debo resaltar que, al realizar el análisis de retrospectividad, la sentencia T-340 de 2020 da a entender que existe un derecho a ser elegido en un cargo cuando se participa en un concurso de méritos, lo cual resulta a todas luces equivocado. En efecto, considero que en este caso particular ya existía una situación jurídica consolidada, la cual consiste en la inclusión en la lista de elegibles, que se predica de todos los que participaron en la respectiva convocatoria, por lo que no resultaba acertado acudir a la figura de la retrospectividad. De hecho, como lo señaló la sentencia SU-913 de 2009, la consolidación de este derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer". En consecuencia, no comparto la argumentación con la cual la Corte, en esta ocasión, optó por realizar una aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

9. En segundo lugar, debo destacar que esta Corte, en sentencias de unificación, se ha pronunciado en contra de la posibilidad de que una lista de elegibles fuera usada para proveer cargos de vacantes definitivas que no fueron convocadas inicialmente a concurso. Así, por ejemplo, en la sentencia SU-446 de 2011 se estableció que:

"Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso."

10. De este modo, resulta llamativo que la Sala de Revisión, en la sentencia de la cual me aparto en esta ocasión, no se haya pronunciado sobre un posible cambio de jurisprudencia o la posibilidad de apartarse del precedente establecido por la Corte. En efecto, en caso de que se estuviese ante un cambio de jurisprudencia, se trataba de un asunto que debía ser decidido por la Sala Plena de la Corte Constitucional y no por la Sala Tercera



*de Revisión. A lo sumo, la sentencia T-340 de 2020 debió haber estudiado si el precedente antes referido se había derogado con el cambio de ley o qué efectos tiene la expedición de la Ley 1960 de 2019 frente al precedente de la Corte. Esto, con el fin de evitar una posible nulidad por cambio de precedente”.*

## **5. CASO CONCRETO**

Analizado el acervo probatorio, y por compartirse los razonamientos del salvamento de voto aludido, así como lo dispuesto en las sentencias de unificación SU-913 de 2009 y SU-446 de 2011 como también se hizo en ese salvamento a la sentencia T-340 de 2020 con efectos interpartes, se tiene que en el presente caso tampoco se cumplen con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez tal como se analizara en el disenso citado, pues se puede inferir que la señora tutelante, **Catalina Flórez Santa** no ha probado la falta de idoneidad que tendría un medio de control como el de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual podría solicitar medidas cautelares para la protección de sus derechos, compartiéndose además del salvamento de voto *ut supra* que si bien la sentencia T-340 de 2020 a la postre, definió que la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en lo atinente a agotar la lista de elegibles se puede aplicar en forma retrospectiva inclusive en convocatorias para concursos de méritos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley, como la del caso bajo estudio, se tiene que como bien lo expresó el magistrado disidente en dicha providencia, no se tuvieron en cuenta los postulados constitucionales necesarios para apartarse de criterios unificados y vertidos en las sentencias de unificación del año 2009 y 2011 antedichas, faltando con ello, como lo ha hecho en otras ocasiones la Corte Constitucional, a la carga argumentativa necesaria para haber realizado ello en una sentencia de tutela, contraviniendo lo dispuesto en la Sala Plena de dicha Corporación previamente, falencia que se ha evidenciado en muchas sentencias, como la sentencia T-480 de 2016 que tuvo que anular la misma Corte Constitucional posteriormente a través del Auto 186 de 2017 por *Desconocimiento de la ratio decidendi contenida en la providencia SU-224/98, en relación con la naturaleza jurídica de la vinculación de las madres comunitarias*, por desconocer la jurisprudencia en vigor para ese tema, estimándose en ese auto que

*“...con la debida aplicación de las reglas jurisprudenciales relacionadas con los presupuestos esenciales que se deben acreditar para que se configure un cambio de jurisprudencia, la Corporación concluye que la Sala Octava de Revisión sí vulneró el derecho al debido proceso al proferir la sentencia T-480 de 2016, por cuanto resultó existente el yerro de cambio de jurisprudencia en la medida que se desconoció el fallo SU-224 de 1998, así como la jurisprudencia en vigor contenida en la línea jurisprudencial T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001. Para arribar a esa conclusión, la Corte observa lo siguiente:*

*9.1. La sentencia SU-224 de 1998 sí constituía precedente vinculante al caso decidido en la providencia T-480 de 2016, toda vez que en dicho pronunciamiento de unificación se concluyó que no existía amenaza o vulneración del derecho fundamental al trabajo, ya que ello no se podía deducir de un vínculo que no constituía una relación laboral.*



*La ratio decidendi contenida en la providencia SU-224 de 1998, en relación con la naturaleza jurídica de la vinculación de las madres comunitarias, fue desconocida en el caso resuelto en el fallo T-480 de 2016, dadas las siguientes particularidades:*

*(i) En el análisis del caso concreto de la sentencia SU-224 de 1998, la Corte inició por reiterar lo dicho en la tutela T-269 de 1995, específicamente que “el vínculo existente entre las madres comunitarias y la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de Bienestar, es de naturaleza contractual, de origen civil”.*

*(ii) Luego, el Pleno de ese entonces manifestó que los requisitos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal del servicio, subordinación y salario) no se encontraban reunidos, lo cual descarta la existencia de “una vinculación contractual de carácter laboral”.*

*(iii) En contravía de lo anterior, en la providencia T-480 de 2016 se determinó que entre el ICBF y las accionantes sí existió contrato de trabajo realidad durante un lapso determinado, toda vez que, con ocasión de la observancia y aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, como garantía en la protección efectiva de los derechos fundamentales que solicitaron las demandantes, sí estaban reunidos los tres elementos esenciales del contrato realidad.*

*(iv) Con base en lo evidenciado, la Sala Plena observa que la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional sí vulneró el derecho al debido proceso al proferir la providencia T-480 de 2016, toda vez que desconoció la sentencia SU-224 de 1998, en relación con la inexistencia de un contrato de trabajo entre las madres comunitarias y el ICBF o las asociaciones o entidades que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar. La Corporación aclaró que lo anterior bastaría para declarar la nulidad de la tutela T-480 de 2016”.*

Lo cual ilustra suficientemente una situación análoga para el caso presente con una indebida aplicación del precedente constitucional como lo hizo la Sala Tercera de Revisión de la H. Corte Constitucional el 21 de agosto de 2020, yendo en flagrante contravía de dos sentencias de unificación sin haber contrastado los argumentos de las mismas con mejores argumentos, por lo que esta Judicatura acogerá las sentencias de unificación y el salvamento de voto de la sentencia T-340 de 2020 por ser lo más pertinente en el caso concreto, evidenciando que podría o no, aunque con un alto margen de prosperidad afirmativa, darse la nulidad de la sentencia T-340 de 2020 por esos vicios que se detectaron por el magistrado disidente y que acá se comparten, a partir de la intelección también lo ocurrido en el Auto referido de la corte guardiana de los derechos fundamentales, sin que entonces le sea a la tutelante aplicable lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 como bien lo indicara también ese magistrado disidente y como bien lo señalaran dichas sentencias de unificación, lo anterior por la potísima razón de que la convocatoria enrostrada se emitió en el año 2016, previo a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley y de acuerdo con el criterio jurisprudencial que se estima en vigor, no era ni es posible aplicar la retrospectividad de la Ley en esos casos, además de disponer la afectada de otro mecanismo para la defensa de sus derechos, cual es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual como bien lo aducía y se comparte, el magistrado disidente explicaba que se podrían solicitar las medidas cautelares pertinentes haciendo idóneo ese medio o mecanismo, sin que se probara lo contrario al interior del libelo de tutela, por ende, lo demás petitionado seguiría la suerte de ello, debiendo acudir la tutelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.



Conforme a lo expuesto en precedencia, considera este operador jurídico que, al día de hoy, la **Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-** y el **municipio de Itagüí**, así como los **servidores que estén ocupando los cargos de profesional universitario, Código 219, Grado 1 en provisionalidad o en encargo al interior del Municipio de Itagüí y concursantes de la OPEC 34662 del Proceso de Selección Convocatoria No. 429 de 2016- Antioquia** no se encuentran vulnerando derechos fundamentales a la tutelante. Razón por la cual se denegarán las pretensiones del libelo tutelante.

Si la presente providencia no fuere impugnada dentro del término señalado en el art. 31 del Decreto 2591 citado, por la secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

## **6. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Medellín**, administrando justicia en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por autoridad de la Constitución y la Ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO: NO TUTELAR** la Acción Constitucional promovida por **Catalina Flórez Santa**, identificada con la C.C. Nro. 1.042.062.460, en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-** y **Municipio de Itagüí**, representada por Jorge Alirio Ortega Cerón y José Fernando Escobar respectivamente, o por quienes hagan sus veces y en contra de los **servidores que estén ocupando los cargos de profesional universitario, Código 219, Grado 1 en provisionalidad o en encargo al interior del Municipio de Itagüí y concursantes de la OPEC 34662 del Proceso de Selección Convocatoria No. 429 de 2016- Antioquia**.

**SEGUNDO:** Si la presente sentencia no fuere impugnada en el término de 3 días hábiles, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Una vez regrese de esa Corporación procédase a su archivo definitivo.

**TERCERO:** Notifíquese en legal forma a las partes la presente providencia.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
ALEJANDRO RESTREPO OCHOA  
Juez