

Santiago de Cali, 1 de junio de 2020

Señor
JUEZ DEL CIRCUITO
Reparto

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: CARLOS ANDRES PALACIOS PEÑARANDA

**ACCIONADO: ALCALDIA MUNICIPAL DE CALI
COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

Cordial saludo,

CARLOS ANDRÉS PALACIOS PEÑARANDA, identificado como aparece al pie de mi firma mayor de edad, residente y domiciliado en la ciudad de Cali, por medio del presente escrito, obrando en causa propia, me permito presentar ACCION DE TUTELA en ejercicio de las facultades otorgadas mediante la Constitución Política en su artículo 86 y normas concordantes tales como el Decreto 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2003, en procura de la defensa de mis derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO otorgado por concurso de mérito, con fundamento en los siguientes:

HECHOS:

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil, suscribió el acuerdo No. CNSC – 20171000000256 del 28 de noviembre de 2017, modificado y aclarado por el Acuerdo No. CNSC – 20181000001166 del 15 de junio de 2018, compilado a través del Acuerdo No. CNSC – 20181000003606 del 7 de septiembre de 2018 y corregido mediante Acuerdo No. CNSC 20191000002196 del 12 de marzo de 2019, por el cual convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente DOSCIENTOS TREINTA Y DOS (232) empleos, con MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO (1664) vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la ALCALDÍA DEL DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI, Proceso de Selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca.
2. La CONVOCATORIA 437 DE 2017 VALLE DEL CAUCA - Alcaldía de Cali, entre otros, apertura proceso para el empleo correspondiente al Nivel: Profesional. Denominación: Profesional Universitario. Grado: 4. Código: 219. Número OPEC: 74079. Dependencia: ALCALDIA DE CALI, OPEC 74079, Dependencia: SECRETARIA DE EDUCACIÓN - PLANTA LEY 715/2001, Total vacantes: 22. Propósito del empleo a proveer: Desarrollar los procesos de apoyo administrativo en las Instituciones Educativas, siguiendo los procedimientos establecidos y la normatividad vigente.
3. Que me venía desempeñando en el empleo profesional universitario grado 4, nombrado en provisionalidad desde el 01 de octubre de 2010, en la Secretaría

de Educación Municipal de Santiago de Cali, desempeñando las mismas funciones y propósito del cargo correspondiente a la OPEC 74079.

4. Dentro de la etapa oportuna me inscribí a la convocatoria 437 de 2017 VALLE DEL CAUCA - Alcaldía de Cali, en la que ofertaban veintidós (22) empleos correspondientes a Profesional Universitario. Grado: 4. Código: 219. Número OPEC: 74079. Dependencia: ALCALDIA DE CALI, Dependencia: SECRETARIA DE EDUCACIÓN - PLANTA LEY 715/2001; cumplí con los requisitos necesarios para formalizar mi inscripción y realice todas las pruebas de conocimiento y aptitudes que formaban parte del proceso, por lo que logre llegar al fin del mismo ocupando el puesto número 23.
5. Una vez surtidas las etapas del proceso de selección y dando cumplimiento a la normatividad vigente se procede mediante la resolución No. resolución No. 20202320006105, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer VENTIDOS (22) vacantes definitivas del empleo, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 74079, del Sistema General de Carrera Administrativa de la ALCALDÍA DEL DISTRITO ESPECIAL, DEPORTIVO, CULTURAL, TURÍSTICO, EMPRESARIAL Y DE SERVICIOS DE SANTIAGO DE CALI, ofertado a través del Proceso de Selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca."
6. La lista de elegibles cobró firmeza individual el 11 de febrero de 2020, en la que se evidencia que hubo solicitud de exclusión de algunos elegibles. El 10 de marzo de 2020, la CNSC expide Resolución 4405 del 2020, por la cual se rechazan por improcedentes las solicitudes de exclusión de algunos elegibles de las listas conformadas para la Alcaldía del Distrito Especial, Deportivo, Cultural, Turístico, Empresarial y de Servicios de Santiago de Cali, dentro del proceso de Selección No. 437 de 2017 – Valle del Cauca, de conformidad con las solicitudes formuladas por la entidad. El 20 de marzo de 2020, se publicó firmeza individual, de conformidad con la Resolución CNSC N° 4405 del 10 de marzo de 2020 por medio de la cual se rechazan por improcedentes las solicitudes de exclusión de los elegibles ubicados en las posiciones 4, 12, 13, 18, 25 y 28 se publica la firmeza total. Quedando así en firme los 22 elegibles que me preceden en la lista.
7. En la página Web de la Alcaldía de Cali, se publicaron los Decretos de nombramiento en periodo de prueba de los veintidós (22) elegibles; de tal modo que el 24 de abril del 2020, la Doctora JANETH VALENCIA BENITEZ, en calidad de Subsecretaría Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación Municipal Santiago de Cali, me remite correo electrónico en que se me comunica que en cumplimiento de la lista de elegibles resultado de la Convocatoria 437 del 2017 – Valle del Cauca, adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se da por terminado el nombramiento provisional mediante el cual yo me encontraba vinculado en la Planta de personal de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, mediante Decreto terminación No. 4112.0.10.20.0586 de febrero de 2020, dicha desvinculación se hizo efectiva a partir del 24 de abril de 2020.
8. Que la lista de Elegibles conformada por este acto administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, en concordancia con el numeral 40 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.
9. En este orden de ideas es de mencionar que en junio de 2019 se expidió la ley 1960 de 2019 por la cual se modifica la ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998, el cual en su artículo sexto establece:

“El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedara así: ARTICULO 31. El proceso de selección comprende:

(..)

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 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 de la entrada en vigencia de la citada ley.”

- 10.** En el mes de enero de 2020, la CNSC emitió un criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, a través del cual se aclara que:

“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’ entendiéndose, 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.”

- 11.** En febrero de 2020 la CNSC emitió circular externa No. 0001 de 2020, por medio de la cual dio Instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado Uso de Listas de Elegibles y establece:

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

La CNSC en ejercicio de las competencias atribuidas en los literales a) y h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, con el propósito de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público, precede a impartir los siguientes lineamientos, en lo relacionado al reporte de las nuevas vacantes que corresponden a los mismos empleos, para lo cual las entidades deberán:

Solicitar apertura de la etapa OPEC en el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad (SIMO).” (negrilla fuera de texto)

- 12.** En marzo de 2020 el juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto resolvió en fallo de tutela lo siguiente:

“1. ORDENAR a el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el sistema SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegible conformada mediante la resolución No. CNSC-20182230073625 de 18 de julio de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la convocatoria 433 de 2016 – ICBF; con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante decreto 1479 de 2017.

2. ORDENAR a la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC, que una vez solicitada por parte de la ICNF el uso de la lista de elegibles mencionada en el numeral anterior, con la respectiva verificación y conformación de la misma, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad. Dicho proceso no podrá exceder el término de un mes calendario contado partir del cumplimiento de las cuarenta y ocho (48) horas otorgadas en el numeral anterior.

3. Finalmente ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF que en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC” efectuó los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.”

13. En mayo de 2020, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena de Indias, resolvió en fallo de tutela lo siguiente:

“TUTELAR los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, y ACCESO AL EMPLEO PUBLICO, de la señora xxx en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, y El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, dentro de un término perentorio de 3 días hábiles, siguientes a la notificación de este providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC 34246 correspondiente incluyendo las vacantes que se encuentra en el municipio de Turbaco Bolívar o proceda con la actualización del SIMO y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegible conformada mediante resolución No. CNSC - 201 82230063365 del 22 de junio de 2018, para el empleo de defensor de familia, Código 2125 grado 17, ofertado en convocatoria 433 de 2016 - ICBF.

ORDENAR a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, que conforme el cumplimiento de las exigencias del trámite, una vez se solicite por el ICBF el uso de la lista de elegibles descrita anteriormente y donde se encuentra la señora xxx, para aspirar al cargo de Defensora de Familia, Código 2125, Grado 17, proceda de conformidad dentro del término de 3 días hábiles, siguientes a los 3 días otorgados al ICBF.

ORDENAR al INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR, que agotados todos los trámites anteriores, en el término de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la autorización y recibo de la lista de legibles por parte de la COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL — CNSC, efectuó los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión de la señora xxx, de corresponderle el derecho conforme a la lista de elegibles.”

14. Por lo anterior es preciso mencionar el ARTÍCULO 1 del Decreto 498 de 2020 que a la letra expresa:

“Modificar el artículo 2.2.5.3.2 del Capítulo 3 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual quedará así: "ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

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

PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con **las listas de elegibles** elaboradas como resultado de los procesos

de selección, tales listas, durante su vigencia, 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004.”

15. La Comisión Nacional del Servicio Civil producto de toda la normatividad anterior, tienen en sus páginas de normatividad el Acuerdo 0165 de 2019, donde en su artículo 8 acota

“ARTICULO 8: Uso de Lista de Elegibles. Durante su vigencia las listas de elegibles serán utilizadas para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad, en los siguientes casos:

a) Cuando el elegible nombrado no acepte el nombramiento o no se poseione en el cargo o no supere el periodo de prueba.

b) Cuando se genere la vacancia definitiva de un empleo provisto mediante la lista de elegibles objeto de un concurso de méritos con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el art. 41 de la Ley 909 de 2004.

c) Cuando se generen vacantes del “mismo empleo” o de “cargos equivalentes” en la misma entidad”. (negritas fuera de texto)

16. Por otro lado, es preciso mencionar que el 24 de octubre de 2019, la Alcaldía de Cali hizo reporte al SIMO de dos (2) vacantes no provistas, correspondientes al Nivel: Profesional. Denominación: Profesional Universitario. Grado: 4. Código: 219. Dependencia: ALCALDIA DE CALI - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - PLANTA LEY 715/2001: propósito del empleo: Desarrollar los procesos de apoyo administrativo en las Instituciones Educativas, siguiendo los procedimientos establecidos y la normatividad vigente; pero dicho reporte lo hizo en una OPEC nueva con número 118369. Lo que corresponde al “mismo empleo” ofertado en la OPEC 74079.

17. En razón a los hechos y fundamentos aquí descritos, se procedió por parte del suscrito a presentar derecho de petición a la Secretaría de Educación de Cali, con fechas 27 de abril y 14 de mayo del corriente, a fin de que se diera cumplimiento a lo ordenado en la regulación actual y con ello fuese posible realizar el nombramiento del suscrito al utilizar la lista de elegibles que se encuentra vigente para la ALCALDIA DE CALI - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - PLANTA LEY 715/2001 (convocatoria 437 de 2017 en la OPEC 74079), solicitud que a la fecha no ha tenido respuesta.

18. El gobierno nacional decretó Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en Colombia desde el 12 de marzo de 2020 que va hasta el 31 de agosto del corriente; por su parte, en la Resolución No. 01 del 10 de abril del 2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros, proteger los derechos humanos de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias, por lo que insta a que se tomen medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia a todas las personas trabajadoras, de manera que puedan cumplir con las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como tener acceso a la alimentación y otros derechos esenciales.

Razón por la cual, en estos momentos de emergencia sanitaria, económica y ecológica, en que la ciudad no está en condiciones para tan siquiera salir a

buscar empleo, o presentar entrevistas para un nuevo trabajo, pues ya el hecho de haberme desvinculado en medio de la emergencia sanitaria causó en mi un grave perjuicio, que empeora con cada día que me encuentro sin poder acceder al cargo del cual ostento derecho de conformidad con la normatividad vigente, y sin ingreso económico alguno. Situación que me afecta y a mi núcleo familiar aún más, teniendo en cuenta que soy padre de dos niños de 2 y 4 años de edad, y que mis ingresos representaban aproximadamente el 70% de los ingresos familiares, ya que mi esposa y yo solamente vivimos de nuestros salarios y sin mi salario, hemos quedado expuestos a no cubrir nuestras necesidades básicas y las de nuestros hijos; máxime teniendo en cuenta la emergencia sanitaria con ocasión del COVID-19, situación por la cual no es fácil conseguir ingresos que me permitan proveer los gastos de mi familia, en especial de mis hijos que requieren protección especial, generando un inminente deterioro en nuestra calidad de vida y la de nuestros hijos y un Perjuicio irremediable con el paso de los días.

19. Así las cosas, se logra concluir que en la Alcaldía de Cali – Secretaría de Educación, han existido dos (2) vacantes definitivas del mismo empleo profesional universitario código 219 grado 4, pero pese a esta realidad, y dado que el accionado no hizo el reporte conforme lo establecido en la normatividad vigente, me vi afectado al darse por terminado mi nombramiento en provisionalidad, cuando la entidad contaba con dos (2) cargos adicionales no provistos, situación que de haberse hecho ajustado a la norma, me hubiese permitido continuar en mi cargo e ingresar en carrera administrativa. Situación que a la fecha no se corrige, con lo que se persiste en la vulneración a mis derechos.

PRETENSIONES:

Con base a los hechos y fundamentos de derechos aquí expuestos me permito informar que la Alcaldía de Cali – Secretaría de Educación no ha dado cumplimiento a la normatividad y regulación dada por la CNSC, al no darle el tratamiento correspondiente a las dos (2) vacantes definitivas existentes, para el cargo de Profesional Universitario. Grado: 4. Código: 219. Dependencia: ALCALDIA DE CALI - SECRETARIA DE EDUCACIÓN - PLANTA LEY 715/2001; y que corresponde al mismo cargo, denominación, funciones, grado y ubicación geográfica de los empleos contenidos en la lista de elegibles de la OPEC 74079 de la convocatoria 437 de 2017 de la CNSC, en la cual aparezco en el puesto 23 y en la cual soy el próximo a nombrar. Por lo que solicito:

1. Que se tutelen los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO.
2. Que se de aplicación al criterio unificado sobre las listas de elegibles conforme a lo establecido en la ley 1960 del 27 de junio de 2019, proferido por la CNSC el 1 de agosto de 2019.
3. Que se proceda por parte de la ALCALDIA DE CALI - SECRETARIA DE EDUCACIÓN a corregir el reporte de las dos (2) vacantes que erróneamente reportaron al SIMO en una OPEC nueva (118369) o que proceda con la actualización del SIMO y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegible conformada mediante resolución No. CNSC - 20202320006105 DEL 13-01-2020, para el empleo Profesional Universitario, Código 219, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 74079, el cual fue ofertado mediante convocatoria 437 de 2017 – Valle del Cauca.
4. Que se proceda con los trámites administrativos correspondientes al nombramiento y posesión del suscrito como Profesional Universitario, Código 219, Grado 4.

5. Que se vincule a la presente Actuación al señor JHON FABER SERNA GOMEZ, identificado con cc 79656774, quien ocupó la posición 24 en la lista de elegibles de la OPEC 74079; por cuanto podrían estar inmersos sus derechos.
6. Que se solicite a la Alcaldía de Cali – Departamento Administrativo de Desarrollo e Innovación, informe si en la Secretaría de Salud Municipal se ha hecho uso de lista en algún caso similar al que aquí estoy exponiendo, y en caso de ser así, se informe del procedimiento hecho.

LEGITIMACION:

Me encuentro legitimado para defender mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, debido proceso, el principio de la buena fe, el acceso a cargos de carrera producto de una convocatoria pública luego de superar todas las etapas y ocupar el puesto 23 en la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC - 20202320006105 DEL 13-01-2020, para proveer 22 vacantes convocadas de la OPEC 74079, y los principios de la confianza legítima y seguridad jurídica dentro de la convocatoria pública 437 de 2017 Valle del Cauca, emanada por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), en la que en el transcurso de la convocatoria se reportaron dos vacantes definitivas para el mismo empleo de carrera identificada erróneamente con el código OPEC 118369, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 04, de la Secretaria de Educación de la que, acorde con la normatividad vigente deben llenarse con la lista de elegibles 74079 de la convocatoria 437 de 2017 Valle del Cauca.

FUNDAMENTOS:

Se acude a la acción constitucional de tutela directamente por ser el mecanismo idóneo para la protección de mis derechos fundamentales, pero sobre todo porque es el único medio eficaz, para salvaguardar mis derechos fundamentales, lo cuales se ven vulnerados por parte de la accionada y que a la fecha con la nueva regulación sigue siendo vulnerado con ello mis derechos fundamentales y configurándose un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional Colombiana ha señalado en repetidas ocasiones en su acervo jurisprudencial que la acción de tutela debe ser utilizada como un medio residual y subsidiario, al que se debe recurrir en situaciones de vulneración o amenaza de Derechos Fundamentales que pueden derivar en un perjuicio irremediable. Además, ha insistido en que solo se puede acudir a la acción de tutela cuando no existe otro medio idóneo para proteger los derechos en situación de amenaza o vulneración.

En este sentido es de mencionar que la Corte Constitucional ha realizado múltiples pronunciamientos defendiendo la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y lo ha hecho argumentando que la jurisdicción de lo contencioso administrativa, por su onerosidad en tiempo y recursos, no ofrece herramientas eficaces y expedita ni la solidez necesaria para proteger los derechos fundamentales de la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos tras concurso de mérito.

Considera esta institución que cuando el inciso tercero del artículo 86 de la constitución 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 violentado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa y la efectividad del derecho y en este orden la sentencia T-315 de 1998 establece:

“En efecto, 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 méritos¹. 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 un 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 irremediablemente 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 iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

Acto seguido mediante la SU133 de 1998, la Corte señaló que existen circunstancias en las que los medios ordinarios no son los idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que ha participado en concurso de mérito, destacando:

“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 este orden la sentencia T-606 de 2010 se indicó:

“En el caso de concurso de mérito, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dilatan la obtención de los fines que persiguen.

Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para la protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante.”

En este punto podemos deducir que la Corte Constitucional en su línea jurisprudencial ha reiterado que pese a existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en este caso los derechos a la igualdad, debido proceso y al empleo público tras concurso de mérito, al ser estos mecanismos judiciales ineficaces se debe acudir a la acción constitucional (acción de tutela) a fin de impedir un perjuicio irremediable.

Así las cosas, en razón a la falta de eficacia de los medios ordinarios para salvaguardar los derechos fundamentales, se podrá dar uso de la acción de tutela como el único medio idóneo y eficaz para garantizar su protección y así mismo brindar protección a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima y lograr con ello evitar un perjuicio irremediable.

CASO EN CONCRETO

En este sentido, debemos citar el texto original de la ley 909 de 2004, del artículo 31 numeral 4, que tenía la misma disposición – solo que de rango legal – de la cual proceden las anteriores concepciones.

“4. lista de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborara en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.”

Estando esto así, posteriormente se expidió la ley 1960 de 2019, que modifica la ley 909 de 2004 y el decreto 1567 de 1998, el cual en su artículo 6 y 7 establece:

ARTICULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, quedara así: “ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: (...) 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 de concurso en la misma entidad.

ARTICULO 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.”

Conforme a lo anterior se debe dar aplicación a la retrospectividad de la ley el cual es un fenómeno que se presenta cuando la norma se aplica, desde que entra en vigor, a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa, en la sentencia C-619 de 2001, la Corte Constitucional estableció:

“las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata.

La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, puede por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.”

Así mismo la sentencia T-110 de 2011 establece:

“el fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición.

De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusiones, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican en forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que

se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación, el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto al propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados.”

En esa misma línea el Consejo de estado, en sentencia 56302 de 2014 refirió:

“Frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, (..) Así la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de esa protección, pues “la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho.” Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, puede ser regulada por el legislador “según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones”

En este orden tenemos que la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia administrativa. Que en su artículo 11, literal a) determina que, dentro de las funciones de la CNSC, está al establecer los lineamientos generales que deben desarrollarse en los procesos de selección, mediante los cuales se busque proveer empleos de carrera administrativa.

Así mismo, en el literal e) del mismo artículo, se estipula que la CNSC, debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, y en el literal f), que la misma entidad debe remitir a las entidades que hacen parte de determinada convocatoria, ya sea de oficio o a solicitud de aquellas, las listas de las personas con las cuales deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente.

Ley 1960 de 2019 por el cual se modifica la ley 909 de 2004 y el decreto ley 1567 de 1998. Modifico la provisión de empleo a disponer:

“artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, quedara así:

“ARTICULO 31. El proceso de selección comprende:

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 de concurso en la misma entidad.”

Estableciendo en su artículo 7º que esta ley rige a partir de su publicación 27 de junio de 2019, modifica en lo pertinente a la ley 909 de 2004 y el decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Como consecuencia de lo expuesto es de precisar que si bien es cierto para la Alcaldía de Cali - Secretaría de Educación mediante la convocatoria 437 OPEC 74079 se ofertaron 22 vacantes, las cuales están siendo ocupadas por la lista de elegibles y teniendo en cuenta que se crearon dos cargos iguales a los ofertados en la OPEC 74079, y que me encuentro en espera de que se dé cumplimiento a la normatividad VIGENTE y se proceda con el nombramiento y posesión de mi cargo.

Esto dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 24 y 31 de la Ley 909 de 2004, lógicamente contemplándose lo dispuesto por la reforma de la Ley 1960 de 2019 y por los mandatos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los Decretos reglamentarios de la Ley 909 de 2004, los conceptos de la CNSC y del departamento Administrativo de la Función Pública, el Decreto 468 del 30 de marzo de 2020, por lo que en aplicación de la normatividad vigente y la jurisprudencia aplicable, la misma debe ser provista mediante el uso de la lista de elegibles de la OPEC 74079, y realizar mi nombramiento como quiera que soy el próximo en la lista.

COMPETENCIA:

La competencia se determina con base en la normatividad establecida en la Constitución Política en su artículo 86 y normas concordantes tales como el Decreto 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2003, y por el lugar donde se desarrollan los hechos de la presente acción de tutela,

PRUEBAS

Solicito se tengan como tales las siguientes:

1. Resolución No. 4143.0.21.9467 del 01 de octubre de 2010, por medio de la cual se hace un nombramiento provisional en la planta de cargos administrativa, al suscrito, en el cargo de profesional universitario grado 4
2. Pantallazo de la denominación del empleo publicada en el SIMO para la convocatoria 437 - OPEC 74079 cargo profesional universitario 219 grado 4
3. Copia de la resolución 20202320006105 del 13 de enero de 2020 “por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer veintidós (22) vacantes definitivas del empleo, denominado profesional universitario, código 219, grado 4, identificado con el código OPEC No. 74079, del sistema general de carrera administrativa de la alcaldía del distrito especial, deportivo, cultural, turístico, empresarial y de servicios de Santiago de Cali, ofertado a través del proceso de selección no. 437 de 2017 – valle del cauca”, en la cual ocupé la posición no. 23 en orden de elegibilidad.
4. Copia de la lista de elegibles en firme del 11 de febrero de 2020
5. Copia de la lista de elegibles en firme del 20 de marzo de 2020 donde consta que todos los 22 elegibles que me preceden en la lista obtuvieron firmeza para ingresar a carrera administrativa, y adquiere firmeza mi posición en el lugar No. 23.
6. Copia de respuesta a Derecho de Petición en que el Secretario de Educación informa que existen dos (2) cargos no provistos, Profesional Universitario Código 219 Grado 4, que fueron reportados al SIMO el 24 de octubre de 2019 en la OPEC118369.
7. Copia del decreto expedido por la alcaldía de Santiago de Cali 4112.010.20.0586 del 26/02/2020, en la que se me da por terminado el nombramiento en provisionalidad, el cual se hace efectivo a partir del 24 de abril de 2020.
8. Pantallazo de correo electrónico del 24 de abril del 2020, que me remite la Doctora JANETH VALENCIA BENITEZ, en calidad de Subsecretaría Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación Municipal Santiago de Cali, en que me comunica la terminación del nombramiento provisional mediante el cual yo me encontraba vinculado en la Planta de personal de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, dicha desvinculación se hizo efectiva a partir del 24 de abril de 2020.

9. Copia de derecho de petición radicado ante Secretaria de Educación Municipal el 27 de abril de 2020 con radicado ORFEO 202041730100455282, en que solicité se haga la corrección de los dos cargos que fueron mal reportados – Aún sin respuesta.
10. Copia de derecho de petición radicado ante Secretaria de Educación Municipal el 14 de mayo de 2020 con radicado ORFEO 202041730100523932, en que se informa que los dos cargos fueron reportados en la OPEC 118369, y se solicita se haga la corrección, ya que corresponden a los mismos empleos de la OPEC 74079 – Aún sin respuesta.
11. Copia del fallo de tutela emitido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, radicado No. 2020-00032
12. Copia del fallo de tutela emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena de Indias, radicado No. 1300131070012020-00017 del 6 de mayo de 2020.
13. Copia del registro civil de Ían Palacios Zúñiga
14. Copia del registro civil de Thiago Palacios Zúñiga
15. Copia de la circular externa No. 0001 de 2020: por medio de la cual se da instrucciones para la aplicación del criterio unificado “uso de lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes.
16. Criterio unificado de la CNSC sobre el uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, Del 16 de enero de 2020.

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que no se ha presentado ninguna otra Acción de Tutela por los mismos hechos.

NOTIFICACIONES

La Alcaldía de Santiago de Cali en notificacionesjudiciales@cali.gov.co

La Comisión Nacional del Servicio Civil en el correo electrónico

notificacionesjudiciales@cns.gov.co

Las recibiré en la Calle 12 oeste No 54- 130 Apto 502D U.R. Altos de Chicalá Barrio Bella Suiza, teléfono celular: 316 4806316 o al correo electrónico carlos1319@hotmail.com

Atentamente,



CARLOS ANDRÉS PALACIOS PEÑARANDA

C.C. 6.136.657