TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: JORGE LEÓN ARANGO FRANCO

Medellín, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN	TUTELA
RADICADO	05001 33 33 001 2020 00154 01
ACCIONANTE	OLGA MARÍA ESPINOSA RIVERA
LITISCONSORTES CUASINECESARIOS	JUAN DIEGO SUAREZ SALDARRIAGA, ESTEBAN RAMIREZ VELEZ, VALENTINA TAMAYO GOMEZ, DIANA PATRICIA AGUDELO BEDOYA, ELMER ANGEL MUÑOZ SALAZAR, ISABEL CAROLINA RESTREPO SEPULVEDA, PAOLA ANDREA OLIVEROS VARGAS, ANA MARIA RESTREPO MESA, GLORIA CRISTINA TABARES LOPEZ, NATALIA MARTINEZ BOTERO, MARIA CAMILA ARROYAVE ARIAS Y JOSÉ LUIS OVIEDO LOPEZ
ACCIONADO	COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – MUNICIPIO DE MEDELLÍN
TEMA	Procedencia de la Acción de Tutela en el Marco del Concurso de Méritos/ Aplicación de la Ley 1960 de 2019.
DECISIÓN	REVOCA
SENTENCIA	48

I. ANTECEDENTES

La señora Olga María Espinosa Rivera actuando a través de apoderado judicial, promueve Acción de tutela de la referencia, impetrando el amparo de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad, acceso a desempeño de funciones y cargos públicos, oportunidad, confianza legitima y buena fe, que considera amenazados y/o vulnerados por las entidades accionadas **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN.**

1. HECHOS

En escrito narra las siguientes circunstancias de hecho:

La señora Olga María Espinosa Rivera se inscribió en la oferta pública de empleos al cargo de profesional universitario, código 219, grado 2, de la Alcaldía de Medellín, ofertado en la convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, bajo el código OPEC 45179.

Señala que mediante la resolución No. CNSC- 20192110077655 del 18-06-2019 se conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer cuatro vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 45179, denominado

Profesional Universitario código 219, grado 2 de la alcaldía de Medellín.

Menciona que en la lista de elegibles ocupó el noveno lugar de elegibilidad con un puntaje de 71.56 y actualmente presta sus servicios a la entidad territorial como contratista en la modalidad de prestación de servicios profesionales especializados como abogada para apoyo en la materia de gestión contractual.

Manifiesta que el pasado 18 de julio de 2019, solicitó al Municipio de Medellín que se haga uso de la lista de elegibles Resolución No. CNSC- 20192110077655 del 18 de junio de 2019, en la cual ocupa el noveno lugar de elegibilidad, para proveer alguno de los cargos de la planta global que se encuentran con vacante definitiva, teniendo en cuenta los dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y motivada por el boletín de la oficina jurídica en la cual contempla que la lista de elegibles tendrá una vigencia de dos años, con la cual se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, y las vacantes definitivas que surjan de cargos equivalentes no convocados en la misma entidad.

Expone que el Municipio de Medellín el 8 de agosto de 2019 negó la solicitud de hacer uso de la lista de elegibles para proveer vacantes definitivas a cargos equivalentes que se presentaron con posterioridad, argumentando que los procesos aprobados antes del 27 de junio de 2019, podrían ser modificados en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

Menciona que las entidades accionadas están amparadas en un criterio unificado adoptado por la CNSC del 1º de agosto de 2019, en el cual dispones que las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad, únicamente para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960 de 2019.

Solicita que se tenga presente los efectos (inter comunis), del fallo de tutela al momento de amparar los derechos vulnerados por las accionadas de aquellas personas que conforman la lista de elegibles Resolución No. CNSC – 20192110077655 del 18 de junio de 2019, máxime si posterior al concurso, existen vacantes exactamente iguales o equivalentes aquel para el cual se postularon a la convocatoria.

Igualmente solicita que las accionadas cumplan con el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, acuerdo 165 de 2020, circular externa No. 0009 de 2020 y en

consecuencia se autorice y use el criterio de mérito, es decir la lista de elegibles que se conformó en la resolución No. CNSC – 2019210077655 del 18 de junio de 2019, en el mismo empleo o su equivalente de carrera administrativa.

2. PRETENSIONES

Con fundamento en lo narrado, la accionante solicita tutelar a su favor los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso, buena fe y confianza legitima.

En consecuencia, se ordene a la CNSC y al Municipio de Medellín, que en término de cuarenta y ocho horas se realicen los trámites pertinentes para que se de cumplimiento a lo ordenado en el articulo 6º de la ley 1960 de 2019, acuerdo 165 de 2020, circular externa No. 0009 de 2020 y en consecuencia se autorice y se de estricto orden de merito la lista de elegibles que se conformó en la Resolución No. CNSC – 20192110077655 del 18 de junio de 2019, en el mismo empleo o empleo equivalente de carrera administrativa denominado profesional universitario grado 2, para que nombren a la señora Olga María Espinoza Rivera en una de las vacantes definitivas equivalentes posteriores al reporte del concurso de méritos convocatoria 429 de 2016.

3. POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

- La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** se opuso a la solicitud manifestando que la acción de tutela es improcedente, por cuanto la accionante tiene otro mecanismo de defensa judicial y no probó la existencia de un perjuicio irremediable, además de ello, la acción constitucional no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos.

Expone que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, y solamente son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen con todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección.

Hace saber que el uso de las listas de elegibles resulta procedente cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria encontrándose en el intervalo del nombramiento en periodo de prueba y la posesión la entidad nominadora expida acto administrativo de derogatoria o cuando quien ha superado el

periodo de prueba se configura una de las causales de retiro del servicio, cabe recalcar que para la recomposición de la lista se produce de manera automática.

Manifiesta que la Ley 1960 de 2019, aplica a los procesos de selección aprobados por la CNSC, con posterioridad a su entrada en vigencia, o que no se han consolidado al momento de regir la nueva disposición normativa, y en el caso de la accionante las etapas del concurso de méritos se encuentran agotadas, la Comisión conformó la lista de elegibles para el empleo código OPEC No. 45179, el día 18 de junio de 2019, en consecuencia, es una situación jurídica no susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad.

Finalmente, solicita declarar la improcedencia de la acción constitucional por no existir vulneración alguna a os derechos fundamentales de la accionante.

- **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** contestó la acción de tutela solicitando se declare improcedente, por que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, ya que existen otros mecanismos judiciales idóneos para debatir el asunto en cuestión y no se probó un perjuicio irremediable.

Expresó que la CNSC el pasado 16 de enero de 2020 emitió un criterio unificado denominado "*uso de listas de elegibles contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019"* donde señaló que los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 deberán usarse para proveer las vacantes de los empleos que integraron la OPEC de la respectiva convocatoria y para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad, que correspondan a los mismos empleos, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual propósito, funciones, ubicación geografía y mismo grupo de aspirantes, y a la fecha en el municipio de Medellín no cuenta con un empleo vacante de iguales características de profesional universitario para la cual participó la accionante.

4. DECISIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Medellín, en sentencia proferida el 26 de agosto de 2020, declaró la improcedencia de la acción de tutela por existir otro mecanismo judicial y no haber acreditado un perjuicio irremediable.

Señaló que para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, resulta indispensable que el Juez Constitucional verifique que la situación

desfavorable que sufre la accionante sea producto de una actuación manifiestamente irregular, que no puede ser evitada mediante el mecanismo judicial ordinario que tiene a su disposición, situación que no fue probada en el tramite de la acción ya que no acreditó condiciones especiales para prevalecer en un futuro nombramiento, ni las condiciones de vulnerabilidad o prevalencia en la carrera administrativa, ni indico de manera precisa el actuar indebido del Municipio de Medellín.

5. LA IMPUGNACIÓN

Notificado el fallo a las partes, la accionante impugnó la decisión del fallo, argumentando que la tutela es el único instrumento idóneo y eficaz para garantizar sus derechos fundamentales máxime por la temporalidad de la lista de elegibles, porque la misma se encuentra en firme y como acto administrativo de carácter particular el termino de caducidad se encuentra vencido.

Explicó el recurrente que la lista de elegibles de la cual hace parte la señora Olga María Espinosa Rivera, debe ser tenida en cuenta para las vacantes generadas con posterioridad a la convocatoria de cargos equivalentes no convocados como lo contempla el articulo 6 de la ley 1960 de 2019 y no para empleos iguales como estaba establecido en el artículo 31 de la ley 909 de 2004.

Lo anterior de conformidad con el articulo 7 de la ley 1960 de 2019, en el cual se estipulo que la norma rige a partir de su publicación, es decir, el 27 de junio de 2019, así las cosas, esa disposición se encontraba vigente para el 5 de julio de 2019, fecha en la que quedo en firme la Resolución No. CNSC – 20192110077655 del 18 de junio de 2019, mediante la cual se conformó la lista de elegibles.

Indica que las personas que figuran en la lista de elegibles solo cuentan con una mera expectativa, es decir, su situación no se encuentra consolidada, motivo por el cual es viable aplicar retrospectivamente la ley 1960 de 2019.

Finalmente, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se conceda el amparo a los derechos fundamentales de la accionante.

6. CONSIDERACIONES

6.1 COMPETENCIA

Es competente el Tribunal para conocer del recurso frente a la decisión objeto de impugnación proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Medellín, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

6.2 PROBLEMA JURÍDICO

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y la decisión adoptada por el *A-quo*, el problema jurídico se circunscribe en determinar, si la acción de tutela es procedente, y de serlo se estudiará si la lista de elegibles 20192110077655 del 18 de junio de 2019, se rige por la Ley 909 de 2004 o la 1960 de 2019.

6.3 ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política introdujo la ACCIÓN DE TUTELA para que toda persona pueda:

> *"… reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública…"*

6.4 ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La regla general es la improcedencia de la acción de tutela para atacar actos administrativos, pues contra ellos se encuentras otros mecanismos judiciales a los que se puede acudir.

Así lo ratifico la H. Corte Constitucional en Sentencia T-030 de 2015 con Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez, al manifestar:

> *"… la regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria. En particular, la Sala insiste en que esta regla general conduce a que en los procedimientos administrativos, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin*

> *embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable."*

La excepción a esta regla será en aquellas ocasiones en las que se deseé prevenir un daño irremediable con la acción de tutela, ya que de otro modo se tienen las acciones de lo contencioso administrativo para obtener lo pretendido.

6.5. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL MARCO DE CONCURSOS DE MÉRITO PARA CARGOS PÚBLICOS DE CARRERA.

La jurisprudencia constitucional ha identificado las dimensiones del derecho al acceso a los cargos públicos que entran en la órbita de protección del juez constitucional, cuando se demuestra que los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico no resultan idóneos para su protección o que la inminencia de un perjuicio irremediable torna procedente transitoriamente la protección que imparte este medio de defensa. Al respecto, la sentencia SU-339 de 2019 señala:

> *"… la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público*".

Además, la Corte ha establecido claramente que "*en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley*"[1].

En el presente asunto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para encausar las pretensiones de la accionante, comoquiera que no se cuestiona la validez del concurso de méritos o las providencias proferidas en desarrollo del mismo, sino que, se alega que a pesar de cumplir con los requisitos establecidos para ocupar los cargos que en la actualidad se encuentran vacantes, las entidades accionadas no han permitido que la accionante ocupe tales cargos, porque los cargos vacantes no fueron ofertados en la convocatoria a la cual participaron. .

7. EL CASO CONCRETO

Una vez confrontado el material probatorio que obra en el expediente, así como el fallo de tutela objeto de impugnación, tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 dentro del trámite, se encuentra lo siguiente:

El *A quo* declaró la improcedencia del amparo constitucional solicitado por la señora Olga María Espinosa Rivera, argumentado que la acción de tutela no es el medio idóneo para resolver el asunto toda vez que se tiene otros medios de defensa judicial y no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable.

La Sala reitera la posición asumida recientemente en caso similar al que nos ocupa[1], al tiempo que se aparta de la posición de la *A quo,* en tanto advierte esta Colegiatura que la acción de tutela emerge como el mecanismo idóneo para encausar las pretensiones de la accionante, si se tiene en cuenta que no se cuestiona la validez del concurso de méritos o las providencias proferidas en desarrollo del mismo, sino que, se alega que a pesar de cumplir con los requisitos establecidos para ocupar los cargos que en la actualidad se encuentran vacantes, las entidades accionadas no han permitido que la accionante ocupe tales cargos, porque los cargos vacantes no fueron ofertados en la convocatoria a la cual participó.

La accionante argumenta que las personas que figuran en la lista de elegibles solo cuentan con una mera expectativa, es decir, su situación no se encuentra consolidada, motivo por el cual es viable aplicar retrospectivamente la ley 1960 de 2019, la cual permitió que las listas de elegible vigentes sean empleadas para proveer los cargos vacantes equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria.

Al respecto, es de señalar que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, "*Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*" dispone lo siguiente:

> "***Artículo 6****. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
>
> "***Artículo 31****. El proceso de selección comprende:*

[1] Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala Quinta. Radicado No. 031 2020 00154. M.P.: Daniel Montero Betancur

> *"1. (…)*
>
> *"2 (…)*
>
> *"3 (…)*
>
> *"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad".*

De la lectura de la norma se colige que con las listas de elegibles que surjan de los concursos de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso, es decir, de la lectura de la norma se podría concluir que le asiste razón a la accionante cuando afirma que las vacantes "*no convocadas*" pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, pues, la norma no hace una distinción temporal, en cuanto a las listas que se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

Ahora bien, el argumento de las entidades accionadas para cuestionar la aplicación de la ley 1960 de 2019 en este caso, es que el artículo 7 de dicha norma[2] estableció que la vigencia de la ley regía a partir de su publicación, esto es, el 27 de junio de 2019, por lo cual, como la lista de elegible de la cual hace parte la accionante fue conformada mediante resolución CNSC – 20192110077655 del 18 de junio de 2019, no le es aplicable las disposiciones de la ley 1960 de 2019.

Mediante documento denominado Criterio Unificado "*Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", la CNSC estableció que a las listas de elegibles que quedaron en firme con anterioridad a la vigencia de la ley 1960 de 2019, les son aplicables las reglas previstas antes de la modificación de la ley 909 de 2004 y las que se hubiesen previsto en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de ultractividad de la norma. Al respecto, en dicho documento se dijo lo siguiente:

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

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

sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.

Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que corresponda a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el OPEC".

Por su parte, la accionante refiere que, en virtud del principio de retrospectividad, la ley 1960 de 2019 debe ser aplicada en este caso, pues, si bien existen una lista de elegibles de la cual hace parte, no se ha consolidado ningún efecto jurídico. Al respecto, es de señalar que, en relación con la retrospectividad de la norma, la Corte Constitucional[3] ha dicho lo siguiente:

"*El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que, si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que 'el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, 'pero con retrospectividad, […] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal…'. De este modo, 'aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma".*

Así, la retrospectividad de la norma hace referencia a la posibilidad de aplicar una ley a una situación jurídica que surgió con anterioridad a su vigencia, pero que para este momento (a la entrada en vigencia) aún no se ha consolidado, lo cual, tal como lo expone la accionante, ocurre en el presente caso, comoquiera que existe una situación que surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019 (conformación de lista de elegibles), pero de la cual, a la fecha, sus efectos jurídicos no se han consolidado, pues solo se consolidarán, individualmente, en la medida en que se produzcan los nombramientos en período de prueba que es, precisamente, la finalidad de esas listas.

[3] Corte Constitucional, Sentencia SU 309 de 2019.

En el asunto de la referencia, si bien se agotaron las etapas de la convocatoria 429, de 2016 y, a la fecha, existen una lista de elegibles que se encuentran en firme y, de la cual hace parte la accionante, lo cierto es que el efecto jurídico de dicha lista se concreta de manera particular respecto de cada uno de las personas que integran las mismas solo en el momento en que se lleva a cabo su nombramiento en período de prueba, es decir, con la conformación de la lista de elegibles se crean ciertas situaciones particulares y se consolidan algunos derechos dentro del concurso de méritos, pero sus efectos jurídicos se agotan con el nombramiento, en período de prueba, en el cargo al cual aspiró el concursante. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

> *"Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación: (…)*
>
> *"En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)". A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado".*

En ese orden de ideas, la lista de elegibles, una vez en firme, crea un derecho para el concursante que no puede ser desconocido, pero los efectos de esa lista solo se agotan, en principio y entre otros casos, cuando se produce el nombramiento en período de prueba.

Por lo anterior, mientras el concursante se halle en la lista de elegibles y esta permanezca vigente, las normas de orden legal que modifiquen la forma de proveer la vacantes tiene la virtualidad de afectar la situación de quien no ha sido nombrado, no como consecuencia de un efecto retroactivo de la ley, sino, precisamente, como consecuencia del efecto general, según el cual la ley rige hacia el futuro y se aplica a situaciones jurídicas que, a pesar de nacer en vigencia de la ley anterior, se consolidan en vigencia de la ley posterior (efecto retrospectivo), tal como lo contemplan los artículos 52 y 53 de la ley 4 de 1913 del Código de Régimen Político y Municipal, en armonía con los artículos 38, 41,

44, 45, 46 y 47 de la ley 153 de 1887 de cuyo contenido se deducen las reglas generales para resolver los conflictos de la aplicación de las leyes en el tiempo, así:

(i) Prevalencia general de la ley posterior sobre la anterior, (ii) las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene, (iii) el efecto general inmediato de las leyes, (iv) la subsistencia del estado civil adquirido conforme a la ley anterior pero con arreglo a la ley posterior en cuanto al ejercicio de derechos y obligaciones inherentes a dicho estado, (v) la conservación de derechos reales constituidos bajo ley anterior pero con sujeción al imperio de la ley nueva en cuanto a su ejercicio, cargas y extinción, (vi) la validez de los contratos celebrados bajo ley anterior con sometimiento de sus efectos a la ley nueva, y (vii) la preferencia de la ley preexistente favorable en materia penal, entre otros[4].

Por ende, la ultractividad y la retroactividad de la ley, por regla general, debe ser previstas por el mismo legislador, salvo en las materias en que la misma Constitución autoriza la aplicación en la ley en el tiempo en tales condiciones.

El artículo 6 de la ley 1960 de 2019 modificó el artículo 31 (numeral 4) de la ley 909 de 2004, en cuanto a la provisión de las vacantes.

En efecto, el artículo original de la ley 909 de 2004 (artículo 31, numeral 4) señalaba, fundamentalmente, que con las listas de elegibles elaboradas por la Comisión Nacional del servicio civil se debían proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y la ley 1960 de 2019 artículo 6 modificó dicha norma, en el sentido de prever que con las listas de legibles no sólo se deben proveer las vacantes para las cuales efectuó el concurso, sino aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.

La norma del artículo 6 de la ley 1960 de 2019, sin duda alguna, es aplicable, en virtud de efecto ordinario y retrospectivo la ley, a los concursos de méritos que se vienen adelantado y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se ha concretado en relación con algunos de esos participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser

[4] Corte Constitucional. Sentencia SU 309 de 2019, citada párrafos atrás.

provistas con las listas de elegibles vigentes aun cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

No existe ninguna razón para que la Comisión Nacional del Servicio Civil le dé una aplicación ultractiva al numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando el legislador no consagró ese efecto expresamente. Si el legislador hubiera querido darle ese efecto ultractivo a la citada ley 909, en virtud de la libertad de configuración legislativa, habría señalado expresamente que las nuevas disposiciones de la ley 1960 de 2019 se debían aplicar solamente para los concursos que iniciaran con posterioridad a su vigencia; pero, en este caso, por el contrario, el artículo 7 de esta última contempló que la ley 1960 de 2019 rige a partir de fecha de su promulgación, lo cual no deja espacio para la duda de su aplicación inmediata y retrospectiva para aquellas situaciones jurídicas que aún no se han consolidado.

En esa medida, en sentir de la Sala, les asiste razón a la accionante, en cuanto a que, si bien la lista de elegibles genera ciertos derechos para el concursante, los efectos de esa lista no se han agotado y no se han consolidado aún en relación con ellos, por lo cual es aplicable el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 para la provisión de las vacantes que se presenten respecto de los empleos equivalentes.

En ese orden de ideas, la Sala **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Medellín, por medio de la cual declaró la improcedencia del amparo constitucional solicitado.

En consecuencia, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Municipio de Medellín que, dentro de los cinco (5) días siguientes notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el Municipio de Medellín, respecto de los empleos relacionados con la OPEC 45179, a la cual concursó la accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de <u>cinco (5) días siguientes</u>, la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Municipio de Medellín deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con el empleo relacionado con la OPEC 45179, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019 artículo 6º.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Municipio de Medellín deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA QUINTA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA:

PRIMERO. REVÓCASE la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Medellín, por lo expuesto en la parte motiva y, en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: AMPÁRANSE los derechos fundamentales invocaros por **OLGA MARÍA ESPINOSA RIVERA**, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: ORDÉNASE a la **Comisión Nacional del Servicio Civil** y al **Municipio de Medellín** que, dentro de los **cinco (5) días siguientes** a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el Municipio de Medellín, respecto de los empleos relacionados con la OPEC 45171, a la cual concursó la accionante.

CUARTO: Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de **cinco (5) días siguientes**, la **Comisión Nacional del Servicio Civil** y el **Municipio de Medellín** deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia a los empleos relacionados con la OPEC 45171.

QUINTO: Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los **cinco (5) días siguientes** la **Comisión Nacional del Servicio Civil** y el **Municipio de Medellín** deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los

cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

SEXTO: Notifíquese a las partes en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta Sentencia, se remitirá a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión. Si no fuere seleccionada, devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

La providencia se estudió y aprobó en Sala de la fecha.

Firma escaneada, Acción de Tutela
Exp. No. 001 2020 00154. Revoca/Concede

JORGE LEÓN ARANGO FRANCO

Magistrado

202000154 tutela accede JLAF

DANIEL MONTERO BETANCUR

Magistrado

Firma escaneada Decreto 491/20
001 2020 00154 00
Impugnación tutela

SUSANA NELLY ACOSTA PRADA

Magistrada