REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

Sala Primera de Decisión Laboral

REFERENCIA:	Acción de Tutela-Impugnación
ACCIONANTE:	Jesús Oney Velásquez Guarín
ACCIONADO:	Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare CORNARE y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC
PROCEDENCIA:	Juzgado Laboral del Circuito de El Santuario
RADICADO:	05697 31 12 001 2020 00064 00
DECISIÓN:	Revoca

AUDIENCIA

El TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, en la fecha, cuatro (4) de septiembre de dos mil veinte (2020), procede a resolver lo pertinente dentro de la presente acción de TUTELA, previa deliberación del asunto, como se hizo

constar en el Acta 187 con ponencia de la Magistrada Nancy Edith Bernal Millán.

1. ANTECEDENTES

Por medio de la jurisdicción constitucional el tutelante, señor JESÚS ONEY VELÁSQUEZ GUARIN, instauró acción de tutela en contra de la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los Ríos Negro y Nare -CORNARE- y Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC para que por el procedimiento preferente y sumario se le protejan sus derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos por mérito.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes:

2. HECHOS:

Señala el accionante que participó en la convocatoria No. 435 de 2016 - CAR ANLA, reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001556 del 13 de diciembre de 2016, para el empleo: OPEC 53160, denominado Secretario Ejecutivo, Código 4210, Grado 20. Profesional Grado 6, del sistema General de Carrera de la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los Ríos Negro y Nare-CORNARE.

Con la Resolución No. CNSC-20182210123535 del 28-08-2018 se conformó la Lista de elegibles, ocupando el accionante el segundo puesto. El primer lugar fue ocupado por Laura Damaris Cuervo Guarín, quien efectivamente se posesionó el 28 de septiembre de 2018.

El vencimiento de la referida Lista es el 06 de septiembre de 2020.

Sostiene que La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare — CORNARE, por oficio radicado CS-100-5730-2018 del 19 de noviembre de 2018, solicitó Autorización de uso de la Lista de elegibles, indicando claramente que, para ese momento, dentro de la Planta de Cargos de la entidad, existen 11 plazas, distribuidas en las diferentes dependencias, con la denominación Secretario Ejecutivo, 4210-20, cuyas funciones del cargo y los requisitos de estudio, son iguales a las contempladas para el cargo Código OPEC 53160; razón por la cual, y dado que se generó una vacante dentro de la planta de Cargos de esa Corporación, en un empleo Secretario Ejecutivo, Código 4210, Grado 20, ubicado en la Regional Bosques, cargo para el que existe lista de elegibles conformada, solicitó autorización para la provisión de dicho empleo a través de la Lista de elegibles citada.

Agrega que a la fecha La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare -CORNARE-, no ha

obtenido esa autorización de parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC.

Manifiesta que El 27 de junio de 2019, se expide la Ley 1960, por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

Su artículo 6, reza:

> *"ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 31. El proceso de selección comprende:*
>
> *(…) 3-. 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."*

El 24 de enero de 2020, interpuso derecho de petición ante la CNSC, solicitando uso de la lista de eligibles de la resolución CNSC-20182210123535 del 28-08-2018 en respuesta de la CNSC del 14 de febrero de 2020 se le dijo, entre otros argumentos, que las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil 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. Se indica al final de la respuesta que hasta dicho momento no existía solicitud de uso de lista de elegibles por parte de la Corporación Autónoma Regional de los Ríos Negro y Nare, para proveer vacantes *iguales al empleo ofertado.*

Agrega que La Comisión Nacional del Servicio Civil, el 16 de enero de 2020 emite el criterio unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUN10 DE 2019", en el que se expresa:

> *"Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, "Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio do 2019", junto con su Aclaración".*

Señala que teniendo en cuenta lo descrito, nuevamente la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare-CORNARE, por medio del oficio CS-100-0513-2020 del 06 de febrero de 2020, solicitó a la CNSC, claridad del Criterio Unificado de Lista de Elegibles, de enero 16 de 2020, además de indicar:

> *"Teniendo en cuenta la nueva normatividad, Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado del uso de lista, expedido*

por ese Órgano, el día 16 de enero de 2020, comedidamente solicito nos den claridad si para el caso expuesto aplicaría el uso de listas y si es pertinente, autorizar el nombramiento en periodo de prueba, con el elegible que pasó a ocupar el primer lugar en la lista"

Pretende el accionante se ordene a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE LAS CUENCAS DE LOS RIOS NEGRO Y NARE - (CORNARE) y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO-CIVIL-CNSC-se comunique la totalidad de las vacantes definitivas para cargos equivalentes en la entidad, incluso aquellas que estén ocupadas en provisionalidad, encargo o cualquier otra situación administrativa; así mismo solicita la realización de los trámites administrativos a los que haya lugar para observar lo normado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 y, pretende igualmente se autorice y use la Lista de elegibles de la convocatoria Resolución No. CNSC-20182210123535 del 28-08-2018 para que lo nombren y posesionen en la Regional Bosques, de existir la vacante o, en su defecto se le dé a escoger entre otras existentes en la entidad y evitar así la configuración de un perjuicio irremediable.

Pruebas aportadas al expediente.

- Resolución No. CNSC — 20182210123535 del 28-08-2018.

- Respuesta a derecho de petición del 25 de enero de 2019 Radicado No. 20191020038201.
- Oficio radicado CS-100-5730-2018 del 19 de noviembre de 2018 de CORNARE.
- Acuerdo No. 390 del 19 de junio de 2019 de CORNARE.
- Respuesta de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC del 14 de febrero de 2020 Radicado 20201020187031.
- Sentencia radicada 76001333302120190023401 del 21 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, a través de sentencia radicado 76001333302120190023401.
- Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019", del 16 de enero de 2020.
- Oficio CS-100-0513-2020 del 06 de febrero de 2020 de CORNARE. Circular externa No. 0001 del 21 de febrero de 2020 de la CNSC.

3. RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

Mediante auto del siete (7) de julio de dos mil veinte (2020), se admitió la tutela y se vinculó oficiosamente a la Coordinadora de Talento Humano de la Corporación CORNARE, señora ANA PATRICIA ZULUAGA GIRALDO, a la señora LAURA DAMARIS CUERVO GUARIN, DORIS ELENA RINCON FRANCO, LILIANA MARIA PATIÑO CARDENAS y YANED CONSUELO GOMEZ

GARCIA; disponiéndose además la notificación de las accionadas para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

Presentaron respuesta algunas de las entidades accionadas así:

3.1. El Secretario General de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro Nare CORNARE.

Señala el funcionario en su respuesta la falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que no es la entidad encargada de resolver lo solicitado por el afectado, agrega no haber vulnerado ningún derecho, al no realizar el nombramiento de acuerdo a la lista de elegibles, luego de surtida la convocatoria 435 de 2016.

Sostiene que efectuar el nombramiento del actor no corresponde a la Corporación, comunica que ha llevado a cabo las diligencias correspondientes ante la CNSC, aporta las constancias de todas las gestiones realizadas además de la respuesta extendida por la CNSC.

Argumenta que es la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) la entidad encargada de ejercer la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos.

3.2. Jefe de Personal de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare “CORNARE”

A su turno este funcionario manifiesta en su respuesta que como Jefe de Personal de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare “CORNARE", entre las funciones asignadas a su cargo, le corresponde coadyuvar en la planificación de los concursos de méritos celebrados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En tal sentido, desde las Unidades de Personal, se remite toda la información relacionada con las vacantes definitivas a proveer por concurso, teniendo en cuenta lo establecido en el Manual de Funciones y Competencias Laborales de la Entidad. Igualmente, una vez expedidas las listas de elegibles es su deber proyectar los nombramientos en período de prueba, una vez verificado el cumplimiento de requisitos por parte del elegible.

Igualmente, en los casos en que se presenten vacantes definitivas, inmediatamente debe reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil autorización para su provisión, en caso de que existan listas de elegibles.

Agrega que de conformidad con la Convocatoria 435 de 2016, se expidieron las listas de elegibles para CORNARE, entre ellas la Resolución CNSC —20182210123535 del 28 de agosto de 2018, con la que se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el Código OPEC No.53160, denominado SECRETARIO EJECUTIVO, Código 4210, Grado 20, situado en la Regional Bosques, del municipio de San Luis Antioquia, allí figuraba en primer lugar la señora LAURA DAMARIS CUERVO GUARIN, quien fue nombrada en CORNARE y actualmente se encuentra vinculada con derechos de carrera administrativa.

Agrega que se presentó una vacante en el municipio de San Luis Antioquia, el 1 de noviembre de 2018, en un empleo denominado Secretaria Ejecutiva, Código 4210, Grado 20, con las mismas características del cargo ofertado en la Convocatoria 435 de 2016, correspondiente al número OPEC 53160, en cuanto a denominación, código, grado, funciones, requisitos y localización geográfica, lo que ocasionó envío de oficio con radicado CS-100-5730-2018, pidiendo autorización para el uso de listas, pero la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de comunicación radicada 112-0193-2019 de enero 16 de 2019, expresó que: *"no es procedente a la luz de lo establecido por el parágrafo primero del artículo 2.2.53.2 del Decreto 1083 de 2015".*

Agrega que fue allegada comunicación desde la Comisión Nacional del Servicio Civil, con radicado N° 20201020372341,

fechada el 24 de abril de 2020, en la cual les instan a reportar la vacante en el aplicativo SIMO, situación que no ha sido posible, toda vez que no se les ha habilitado la opción para crear la vacante dentro de la Convocatoria 435 de 2016.

3.3. Comisión Nacional del Servicio Civil

Respondió esta entidad a través de su asesor Jurídico, e informó que examinado el Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE), se verificó que la CNSC estableció lista de elegibles mediante Resolución No. CNSC-20182210123535 del 28 de agosto de 2018, para proveer una vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 53160, denominado secretario ejecutivo, código 4210, grado 20, del Sistema General de Carrera Administrativa de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare, el cual fue ofertado atendiendo la Convocatoria No. 435 de 2016, en la cual el señor Velásquez Guarín ocupó la segunda posición y la misma no es meritoria para ser nombrado en el cargo al que aspira.

Manifiesta que acceder a lo solicitado por el accionante, podría atentar contra el ordenamiento jurídico establecido para convocar y desarrollar el concurso de méritos 435 de 2016, ya que, según las normas del concurso, no es posible usar listas de elegibles para llevar plazas o vacantes diferentes a las inicialmente ofertadas.

Destaca que «los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección», ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.

Por lo cual, teniendo en cuenta que el señor VELÁSQUEZ GUARÍN no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, por el momento se encuentra en espera a que se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la lista, esto es, hasta el 06 de septiembre de 2020.

Manifiesta que acceder a las pretensiones del tutelante, podría configurar una violación a los principios de igualdad y transparencia que gobiernan los concursos públicos de méritos, en los cuales, las condiciones y reglas de los Acuerdos de convocatoria se aplican por igual a todos sus aspirantes.

Considera que por parte de la Comisión Nacional en contra del actor no se ha configurado en esta oportunidad ninguna vulneración, ya que la Convocatoria 435 de 2016 se surtió con fundamento en la normatividad vigente para la época y, una vez superadas las etapas del concurso, se realizó la provisión

de una (1) vacante del Empleo Nro. 53160, con el aspirante que ocupó la mejor posición meritoria y, como quiera que para la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, la convocatoria ya se encontraba consumada, acceder a la petición del accionante para que se utilicen las listas tratadas por la mentada normatividad, sería darle un trato preferente a un aspirante en particular por encima del ordenamiento legal vigente al momento del concurso.

4. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El juzgado de instancia negó los derechos invocados por el señor JESÚS ONEY VELÁSQUEZ GUARÍN en contra de La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE) y La Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC).

En consecuencia, absolvió a las accionadas y ordenó desvincular del trámite a las entidades que por su cuenta fueron convocadas al presente trámite con fundamento en tres razones: (i) porque existe ya una lista de elegibles expedida dentro del concurso conocido como Convocatoria Nro. 435 de 2016 desde el 28/08/2018, lo que excluye de plano al Juez de tutela como el competente para terciar en la problemática narrada por el actor a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en el numeral “2.4.” del aparte considerativo de la tutela, (ii) porque no se acreditó por su promotor ninguna

de las dos circunstancias exigidas por la Corte Constitucional en la jurisprudencia citada en el numeral “2.4.”del aparte considerativo de esta tutela, esto es, o que las acciones administrativas emprendidas en su caso son inoperantes para solucionar su problemática o, que mínimamente se configura un perjuicio irremediable que permita al Juez constitucional obviar el carácter residual o subsidiario que indiscutiblemente acompaña al mecanismo protector del articulo 86 Superior; siendo estas circunstancias, las que en cualquier caso, imponen al interesado en esta tutela a acudir primero a la vía contenciosa administrativa para ventilar su controversia antes de acudir a la acción que hoy nos convoca y (iii) porque no se aprecia-prima facie- ninguna vulneración a los derechos fundamentales y principios constitucionales invocados en esta acción, al no allegarse ningún referente comparativo para siquiera aplicar un test de igualdad o al estar soportadas las respuestas ofrecidas por las accionadas en normas jurídicas vigentes y aplicables al caso del actor, las cuales se compartan o no por éste, no traducen de manera automática la posibilidad para que entre a examinarlas o ponderarlas un juez distinto al ordinariamente delegado por el legislador para tal efecto.

5. IMPUGNACIÓN

Impugnó la decisión el accionante señalando que:

Carece la sentencia de las condiciones necesarias para ser congruente, teniendo en cuenta que: a) No se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de la petición b) Se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, como lo establece la Ley; c) Se funda en consideraciones inexactas cuando no totalmente erróneas; y agrega que d) Incurre el fallador en error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta insignificante a las pretensiones como actor, por errónea interpretación de sus principios.

Argumenta que debe presumir, con contrariedad, que el Señor Juez no examinó sus argumentos acerca de la conducta omisiva por parte de La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE) y La Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC).

Adicionalmente señala que el Juez de Segunda Instancia, no entra a estudiar un problema jurídico distinto al que se espera se desate con la acción constitucional, como sucedió con el fallador inicial, es que no está en desacuerdo con ninguna de las etapas o actos administrativos emitidos al interior de la convocatoria No. 435 de 2016 - CAR ANLA, reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001556 del 13 de diciembre de 2016, Empleo: OPEC 53160, denominado Secretario Ejecutivo, Código 4210, Grado 20. Profesional Grado 6, del sistema

General de Carrera de La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE) y La Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC).

Considera que, (i) la Convocatoria en si misma cumplía con el régimen normativo de ese momento, (ii) En efecto por medio de la Resolución No. CNSC — 20182210123535 del 28-08-2018 se conformó la Lista de elegibles, ocupando el accionante el segundo puesto; con lo cual no se ha estado en desacuerdo. (iii) Tampoco se ha indicado que se tenga algún reproche sobre el nombramiento realizado a la primera persona que ocupo la Lista de elegibles es decir a LAURA DAMARIS CUERVO GUARÍN.

Lo que se espera es que se ordenara la utilización de la lista de elegibles conformada por medio de la Resolución No. CNSC-20182210123535 del 28-08-2018 y su nombramiento en la vacante que se generó al interior de la Entidad.

Agrega que se realizan estas claridades porque los argumentos del fallador de primera instancia, parten de equivocarse en centrar la discusión en estos tópicos.

Sostiene que El Juez de Primera Instancia se restringió a indicar que se debe agotar primero cualquiera de las acciones ordinarias existentes en materia contencioso administrativa

(nulidad simple o nulidad y restablecimiento o electoral), pese a que en sus consideraciones iniciales, el mismo juez indicó que cuando dichas acciones carezcan de idoneidad será posible excepcionar aquella regla general si se acredita por su promotor la acusación de un perjuicio irremediable, hace un análisis sobre cada medio y señala que el juez solo indicó que procedían dichos medios de control pero no evaluó nunca si estos procedían sobre lo que se solicitaba y si los mismos podían o no interponerse en la actualidad, lo cual demuestra su falta de idoneidad para proteger sus derechos. No obstante, desde ya le solicita al fallador de segunda instancia de que si encuentra un medio de control necesario e idóneo que solucione su situación, de manera transitoria permita que esta acción satisfaga su derecho mientras se interpone el indicado medio de control.

Respecto al perjuicio irremediable, el cual el juez de primera instancia pareciera indicar no existe, pasa a poner de presente el hecho más que notorio, como se dilucidó en todo el trámite de la acción de tutela que la lista de elegibles conformada por medio de la Resolución No. CNSC - 20182210123535 del 28-08-2018, se vence el próximo 06 de septiembre de 2020, esto es el hecho que falta aproximadamente solo un mes para que la misma nunca pueda utilizarse, por lo tanto, si bien es cierto, las listas de elegibles no entregan derechos y son una mera expectativa, también es cierto que de no generarse la autorización por parte de la CNSC para la utilización de la lista de elegibles a La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE), antes de la

referida fecha, quedara truncada la materialización del derecho que considera hoy le asiste.

A continuación, hace un recuento de por qué considera que la lista de elegibles puede ser utilizada en la actualidad y nombrarle a él no en la plaza que inicialmente se ofertó, sino en la vacante que con posterioridad se generó en La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE).

Señala que la Ley 1960, por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, no es que deba aplicarse de manera retroactiva, sino que la misma ley, estableció que las vacantes definitivas de cargos no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria deberán ser provistos con listas de elegibles, el legislador nunca diferenció, ni dijo que, a partir de las siguientes convocatorias, o a partir de la fecha, interpretación errada, que se le ha dado a la norma.

Indica que los argumentos de la CNSC a la hora de contestar la tutela no solo son confusos, sino que inducen a error al Juez de Tutela.

Señala que para ellos no existe, porque es claro que bajo la normativa actual La Comisión Nacional de Servicio Civil

(CNSC) debe autorizar a La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE), la utilización de lista de elegibles conformada por la Resolución No. CNSC-20182210123535 del 28-08-2018, que se vence el próximo 06 de septiembre de 2020.

Por todo lo anterior, considera el impugnante se desvirtúan las tres razones por las cuales el fallador de primera instancia negó la acción constitucional.

6. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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, pero, que no puede ser utilizada válidamente para pretender sustituir recursos ordinarios o extraordinarios. Tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos, ni para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

La acción de tutela, no es un instrumento alternativo o sustitutivo de las acciones ordinarias que la Constitución

Política y la Ley atribuyen a las distintas jurisdicciones acorde con su especialidad, para que ellas dentro de su competencia definan si se han violado los derechos y resuelvan lo pertinente al caso, a fin de que cese la violación y aquellos se restablezcan.

6.1 De la procedencia de la acción de tutela en tratándose de concurso de méritos

Respecto al concurso de méritos, la Corte Constitucional unificó su criterio, señalando que la misma sólo procede cuando no existen otros medios de defensa ordinarios, o que existiendo otros, es un medio transitoriamente idóneo y eficaz para evitar un perjuicio irremediable.

En tal sentido, ha señalado la Corte Constitucional:

> *"Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice*

la supremacía de la Constitución en el caso particular." (SU-913 de 2009).

"*Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales."* (T-180 de 2015).

En la Sentencia T-484 del 20 de mayo de 2004 la Corte Constitucional señaló: *"(…) que si bien la jurisprudencia constitucional ha considerado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera que no fue nombrado en un cargo, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que éste medio de defensa judicial no es eficaz para proteger los derechos involucrados.*

Se concluye, entonces, que no existen motivos distintos para variar la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito. Por cuanto que se garantizan no solo los derechos a la igualdad y al debido

proceso, sino la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución."

6.2 De los concursos de méritos

Por norma general los empleos en los Órganos del Estado, deben ser de carrera administrativa, tal como lo dispone el artículo 125 de la Carta Política, en el cual se establecen excepciones, así:

> *"ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*
>
> *Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*
>
> *El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*
>
> *El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen*

disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

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

Por lo tanto, con miras a obtener el ingreso a los cargos de carrera administrativa es primordial el mérito, las calidades del servidor público y una selección objetiva, por lo cual los concursos, son el principal instrumento para evaluar la capacidad de los aspirantes, para asumir las funciones propias del cargo a desempeñar, evitando la subjetividad del nominador.

Con los concursos se busca cumplir los fines del Estado y garantizar el derecho fundamental del acceso a la función pública. Se considera que la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito, garantiza un buen servicio administrativo.

En los fallos C-901/08 y C-588/09, la Corte señaló:

(…) *En segundo lugar, el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: Permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al*

desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que, si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de ese mérito puede ser causal de remoción."

Es importante destacar igualmente que La Constitución Política establece que el ingreso y el ascenso en los cargos de carrera administrativa se debe realizar mediante procesos de mérito; este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, en especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

El concurso de méritos obedece a un debido proceso que se surte con el cumplimiento de etapas o fases, de las cuales, destacamos:

La convocatoria. Es la fase, con la cual se inicia el proceso, es el marco normativo en el que se fijan las condiciones bajo las cuales se cumplirá cada etapa que conforman el concurso.

En la SU 446 de 2011 la corte constitucional estableció el concepto de CONVOCATORIA A CONCURSO DE MERITOS-Importancia, así:

> *"La convocatoria es "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada."*

Continua la Alta Corporación:

"Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar "…resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos."

En el caso que nos concita, se hizo mediante ACUERDO No. CNSC-20161000001556 DEL 13-12-2016 "Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de las plantas de personal de las Corporaciones Autónomas Regionales-CAR y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, Convocatoria No. 435 de 2016 CAR - ANLA."[1]

En dicha convocatoria se oferta por parte de CORNARE dos vacantes para el cargo denominado Secretario Ejecutivo 4210 20, según se pudo consultar en la pág.12 línea 13; sin embargo, extrañamente sólo se conformó la lista para una (1) vacante donde el accionante ocupó el segundo puesto, dicho cargo fue provisto con la persona que ocupaba el primer lugar

1 [1] ACUERDO No. CNSC - 20161000001556 DEL 13-12-2016 pág. 12 línea 13 ver: https://grupogeard.com/co/wp-content/uploads/sites/3/2018/06/acuerdo-20161000001556-de-2016.pdf

como corresponde; entonces si la convocatoria se efectuó para proveer dos vacantes de esa misma denominación de la cuales ya una se encuentra provista el accionante automáticamente pasó a encabezar dicha lista y con él se debió llenar la segunda vacante, que fue ofertada.

No obstante, en la demanda de tutela como en las respuestas de la tutela no se hace mención de ello, por el contrario, solo refieren una (1) vacante, por lo que hemos de considerar que en efecto el cargo ofertado fue solo uno (1) y sobre ese sustento factico se tomará la decisión.

La lista de elegibles. Esta fase del concurso ha sido objeto de pronunciamiento por la CC con la sentencia de unificación SU-446 de 2011, y define la lista de elegibles como:

> (…) *"un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración, es importante señalar, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que, durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios*

constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. ¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? ***Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación****".* (negrilla fuera del texto original).

Atendiendo este criterio jurisprudencial, se destacan los siguientes aspectos:

- Las listas tienen carácter obligatorio.
- Se conforman para proveer las vacantes, para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros.
- Se usan para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros.

6.3 Delimitación de los alcances del fallo.

En esta oportunidad corresponde a la colegiatura verificar si se han vulnerado los derechos fundamentales al derecho fundamental al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos por mérito, al no darse aplicación a la ley 1960

de 2019 que modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998.

6.4 Del caso concreto

En el presente caso se puede verificar, de acuerdo a las pruebas aportadas por la parte accionante, que es procedente a pesar de que no se ha adelantado una acción administrativa, la utilización de la acción de tutela como mecanismo de defensa, para evitar un perjuicio irremediable, dado que el poco tiempo que ha trascurrido desde la solicitud para le provisión del cargo y la vigencia de la lista de elegibles, no permiten que un proceso administrativo resuelva el asunto en un tiempo prudencial. Mírese que la lista vence el próximo 6 de septiembre. Como antecedentes recordamos que el 24 de enero de 2020, el accionante presentó derecho de petición ante la CNSC, solicitando *uso* de la lista de elegibles vigente, para proveer el cargo que se ha originado con posterioridad a la convocatoria.

En lo atinente al asunto que nos ocupa, la H. Corte Constitucional expuso, "(…)*que la finalidad de la carrera administrativa descansa sobre unos fines puntuales, como; i) la realización de los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública; ii) la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública; iii) la dotación de una planta de*

personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; y iv) la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines. Lo anterior es consecuencia del cumplimiento eficaz de los fines trazados dentro del Estado social derecho que propende por el desarrollo adecuado de los principios legales y constitucionales creados en torno a los derechos y deberes de la administración y de los administrados". (Sentencia C-901 de 2008.M.P. Mauricio González Cuervo).

Observa entonces esta sala que la respuesta de la CNSC se encuentra ajustada a las disposiciones establecidas en las normas que en ese momento regulaban el acceso a los cargos de carrera que originan la presentación de esta acción Constitucional, especialmente lo establecido en la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y el Decreto 1083 de 2015 así como los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional.

No obstante, como el sustento normativo que invoca el accionante para respaldar su inconformidad, es la ley 1960 de 2019 que modificó Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998; ello nos lleva a examinar los criterios de aplicación de la ley en el tiempo a fin de establecer si es procedente que a la convocatoria No. 435 de 2016 CAR – ANLA le sea aplicada la ley nueva.

La ley como manifestación de la voluntad soberana, es de carácter general y obligatoria. Rige los actos que se produzcan después de su vigencia y por regla general, es de aplicación inmediata. Esto es, que excepcionalmente tiene efecto retroactivo, cuando el legislador lo ha manifestado de manera expresa, lo que conlleva a decir, que no hay retroactividad implícita, tampoco aplicación ultra activa de la ley, salvo que así lo exprese el legislador.

Existe un criterio de aplicación de la ley, que no es de origen legal, denominado aplicación retrospectiva de la norma jurídica. En ese caso, *la nueva ley se aplica a las consecuencias de un hecho ocurrido bajo el imperio de la ley precedente. Esta figura se diferencia de la retroactividad en el hecho de que la nueva ley entra regir las consecuencias nuevas de un hecho antiguo (2)*

También la Corte Constitucional se ha referido a este criterio de aplicación de la ley en el tiempo, así:

"Adicionalmente, se ha aceptado la posibilidad de una tercera modalidad de aplicación temporal de las normas, la cual, si bien no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa, ha sido empleada especialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte

2 Sentencia T 439 Sala Cas Civil CSJ

Constitucional, esta es, la retrospectividad [14]. En relación con esta figura, se ha indicado que ella consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o, sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.

Por otro lado, se recuerda que, si bien las anteriores figuras jurídicas han sido tradicionalmente circunscritas a la aplicabilidad de las leyes en el tiempo, esta Corte ya se ha pronunciado en el sentido de que es necesario interpretar que a ellas también se encuentra sujeto el ordenamiento superior, esto es, la Constitución Política."3

---

3 **Sentencia T-564 de 2015**

4

La Alta Corporación en sentencia de unificación 300 de 2019, puntualizó:

> *"Los contornos que separan la retroactividad de la retrospectividad, teniendo en cuenta la necesidad de armonizar el principio de respeto por los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas con el imperativo constitucional de allanar situaciones de desigualdad incompatibles con los postulados del Estado social de derecho: "Esta restricción general a que las normas sean aplicadas de manera retroactiva evita que se entrometa en la producción de efectos frente a hechos consumados, es decir, aquellas situaciones que se produjeron, cumplieron y quedaron terminados en vigencia de una norma anterior, por lo que al tratarse de hechos que fueron ya resueltos conforme a la regla antigua deberán ser acatados por la nueva, a pesar de tener consecuencias diferentes; sin embargo esta Corte ha sido clara en señalar que cuando se trata de situaciones jurídicas en curso que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, esta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la le ley antigua"*

En este orden de ideas se pone de presente, que si bien la convocatoria a concurso en este caso, se hizo bajo los lineamientos normativos vigentes en ese momento, no es menos cierto que los efectos de la misma, aun no se han

consolidado, en la medida que se encuentra vigente hasta el 6 de septiembre del presente año. Es por ello que esta sala encuentra de recibo dar aplicación a la ley 1960 de 2019, en cuanto al modificar la ley 909 de 2004, aplicada a la convocatoria de marras, establece:

> *"ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 31. El proceso de selección comprende:*
>
> *(…) 3-. 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 <u>y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."</u> (destacamos)*

Consecuente con lo anterior se protegen los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa, el trabajo y el debido proceso; ya que la decisión de no acceder a lo solicitado por el concursante, se reitera, si bien tiene su fundamento legal en las normas que regularon la convocatoria; al encontrarse ésta vigente, no se trata de una situación consolidada y le es aplicable la ley nueva. Esto es, que se permite usar la lista de elegibles conformada por medio de la Resolución No. CNSC- 20182210123535 del 28-08-2018.

Para la efectividad de la protección que se concede, se ordenará a CNSC, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión proceda a realizar la actuación correspondiente, para que La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE) use la lista de elegibles, nombrando al accionante en la vacante que corresponde a Empleo: OPEC 53160, denominado Secretario Ejecutivo, Código 4210, Grado 20. Profesional Grado 6, del sistema General de Carrera de La Corporación, surgida con posterioridad.

No se protege el derecho a la igualdad, por cuanto no se conoce un patrón de comparación que permita establecer un trato discriminatorio del accionante respecto a otro concursante.

Ello resulta armónico con el respeto a los principios de transparencia, igualdad y debido proceso; por consiguiente, resulta imperativo revocar la decisión de primera instancia que negó la protección de los derechos fundamentales deprecados por el accionante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela de primera instancia proferido por el juzgado civil del circuito con conocimiento de procesos laborales de El Santuario Antioquia.

SEGUNDO: TUTELAR, en cabeza del accionante JESUS ONEY VELASQUEZ GUARIN, los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos por mérito. No se encuentra violado el derecho a la igualdad.

TERCERO: ORDENAR a CNSC, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión proceda a realizar la actuación correspondiente, para que La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE) use la lista de elegible conformada por la Resolución No. CNSC- 20182210123535 del 28-08-2018.

CUARTO. ORDENAR a La Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE) que dentro de los 8 días hábiles siguientes al recibo de las instrucciones de la CNSC proceda a dar cumplimiento al fallo, nombrando al accionante JESUS ONEY VELASQUEZ GUARIN en la vacante que corresponde a Empleo: OPEC 53160, denominado Secretario Ejecutivo, Código 4210, Grado 20. Profesional

Grado 6, del sistema General de Carrera de La Corporación, surgida con posterioridad.

QUINTO: Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito y eficaz. Se ordena remitir a La Corte Constitucional para su eventual revisión

Se cierra la presente audiencia, y en constancia se firma por los que en ella intervinieron, luego de leída y aprobada.

Los Magistrados,

NANCY EDITH BERNAL MILLÁN

HÉCTOR H. ÁLVAREZ RESTREPO

WILLIAM ENRIQUE SANTA MARÍN