



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintiséis de enero de dos mil veintitrés

T22-130

Proceso: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Accionantes: **HECTOR FABIO LAYOS DURANGO** abogadagarciaviana@gmail.com
hectorlayos@gmail.com
ERIKA MARCELA SERNA ÁLVAREZ erimarc_17@hotmail.com
Accionados: **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**
notificacionesjudiciales@cncs.gov.co
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO GENERAL FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL
notificacionjudicial@cgfm.mil.co
juridicadiper@buzonejercito.mil.co
registrocoper@buzonejercito.mil.co
sandra.alvarezal@buzonejercito.mil.co
carreraadm@buzonejercito.mil.co
Radicado No.: 05001-31-05-010-2022-00481-01
Decisión: **MODIFICA AMPARO**
Link: [T22-130 CNSC](#) expediente digital

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver la impugnación formulada por la Dirección de Personal del Ejército Nacional del Comando General de las Fuerzas Militares del Ministerio de Defensa Nacional, en contra de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín el 6 de diciembre de 2022.

A continuación la Sala, previa deliberación virtual sobre el asunto, como consta en el **ACTA T22-130** de discusión virtual de proyectos, adoptó el presentado por el ponente, el cual quedó consignado como sigue:

1. SÍNTESIS FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1.1. LA ACCIÓN DE TUTELA

HÉCTOR FABIO LAYOS DURANGO presentó esta acción para que les sean tutelados sus derechos fundamentales al *debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a carrera administrativa*, los cuales considera vulnerados dentro de un concurso público de méritos. En consecuencia, solicita que se ordene a las accionadas que:

“(…) proceda jurídicamente de conformidad con la posición que ocupé en la Resolución N° CNSC - 14796 del 25 de noviembre de 2021, y consecuencialmente me notifique del estudio de seguridad y en caso de ser favorable, me notifique del nombramiento en periodo de prueba. (...)”.

1.2. PARA SUSTENTAR LAS ANTERIORES PRETENSIONES, AFIRMÓ LOS SIGUIENTES HECHOS:

- ✓ Que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC, mediante el Acuerdo No. 2019000002506 del 23 de abril de 2019, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 958 vacantes a Nivel Nacional pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Ejército Nacional, Proceso de Selección 637 de 2018.
- ✓ Que por medio de la Resolución 14796 del 25 de noviembre de 2021, emitida por la CNSC se conformó la lista de elegibles con 13 personas (incluida él) para proveer 10 vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Para Apoyo de Seguridad y Defensa, Código 6-1, Grado 8, identificado con el Código OPEC No. 106216, del sistema especial de carrera administrativa del sector defensa, siendo seleccionado los aludidos 10 para tal cargo.
- ✓ Que en la mencionada resolución ocupó la posición número 11.
- ✓ Que el día 18 de noviembre de 2022 se enteró del fallo de tutela de radicado 05 001 33 33 020 2022 00556 00, emitido por el Juzgado Veinte Administrativo del Circuito de Medellín, por medio de la cual se concedió la acción de tutela a favor del señor DIEGO ALONSO ZAPATA ROBLED, quien ocupó la *posición 13* en la referida convocatoria, instaurada contra la CNSC y el Ejército Nacional - Comando General Fuerzas Militares - Ministerio de Defensa Nacional, ordenando que las accionadas iniciaran las actuaciones administrativas necesarias para realizar el estudio de seguridad, notificar el resultado y que en caso de ser favorable se procediera con el nombramiento en periodo de prueba, a favor del accionante.
- ✓ Que la lista de elegibles está vigente hasta el 6 de diciembre de 2022 por lo que debía emitirse una medida provisional mientras se expide el fallo.
- ✓ Que el día 24 de agosto de 2022 el Ejército Nacional informó que en Antioquia hay 10 empleos con vacancia definitiva, 9 en Carepa y 1 en Caucasia, con condiciones iguales a las de la OPEC 106216.
- ✓ Que a la fecha no le han realizado el estudio de seguridad requerido para el nombramiento en periodo de prueba.

- ✓ Que el numeral quinto del fallo de tutela aludido, instó a los terceros interesados a comunicarse con el despacho, por lo que el día 21 de noviembre de 2022, solicitó que se reconociera como legítimo interesado con mejor derecho, pues ocupó una posición anterior.

Valga aclarar en este punto que el 29 de noviembre de 2022 la señora ERIKA MARCELA SERNA ALVAREZ solicitó su vinculación a este trámite en calidad de tercera interesada dada su posición de empate en el puesto 11 con el aquí accionante, manifestando su conformidad con los argumentos planteados en el libelo genitor.

1.3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES

1.3.1. DEL EJÉRCITO NACIONAL

Adujo que efectuó la provisión de la totalidad de las 10 vacantes ofertadas para el empleo denominado Auxiliar para Apoyo de Seguridad y Defensa grado 8 OPEC 106216, sin que el señor Héctor Fabio alcanzase el puntaje requerido, dado que ocupó la posición 11 de la lista de elegibles, por lo que NO existía la posibilidad de nombrarlo, solicitando de esta manera se desestimaran las pretensiones.

1.3.2. RESPUESTA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Tres fueron los puntos desarrollados, a saber:

- I) Establecer la falta de legitimación en la causa por pasiva de la CNSC para efectuar el nombramiento deprecado;
- II) Identificar si el actor tiene derecho o no a ser nombrada en el cargo y,
- III) Solución al caso concreto

Expuso que si bien administra y vigila el sistema general de carrera, lo cierto es que sólo establece los reglamentos y lineamientos generales de cómo se desarrollará el proceso de selección, por lo que su competencia llega hasta la conformación, expedición y firmeza de las listas de elegibles, para el caso de la OPEC 106216 conformada a través de la Resolución No. 2021RES-400.300.24-14796 del 25 noviembre de 2021, por lo que el asunto debatido era ajeno a sus facultades, y agrega que el accionante HECTOR FABIO LAYOS DURANGO ocupó la posición No. 11 para la provisión de 10 vacantes, por lo que NO tenía derecho a ser nombrado y posesionado en periodo de prueba.

En lo referente al estudio de seguridad, cuando se alcanza la posición meritoria, advirtió que estaba en cabeza de la entidad nominadora, es decir, el sector defensa, quienes competentes para el desarrollo y resultado del mismo, así como finalizar el proceso con el respectivo estudio de seguridad, nombramiento en período de prueba, posesión y evaluación de dicho período, y decidir las actuaciones propias de la gestión del área de talento humano vinculado a ésta.

En escrito aparte, allega copia del Auto 983 del 30 de noviembre de 2022, expedido en cumplimiento de la medida provisional decretada por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín (Antioquia), a través del cual suspende en forma provisional Resolución No. 14796 del 25 de noviembre de 2021 (en la que conforma y adopta la lista de elegibles, donde el Héctor Fabio Layos ocupa la casilla 11 junto con Erika Marcela Serna), hasta tanto se resuelva la acción constitucional.

1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín concedió el amparo en los siguientes términos:

“(…) PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, y acceso a la carrera administrativa en favor de HECTOR FABIO LAYOS DURANGO y ERIKA MARCELA SERNA ÁLVAREZ, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC- y el EJÉRCITO NACIONAL.

SEGUNDO: ORDENAR al EJÉRCITO NACIONAL que a través del COMANDO DE PERSONAL o la dependencia que corresponda, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice el estudio de seguridad y notifique el mismo a HECTOR FABIO LAYOS DURANGO y ERIKA MARCELA SERNA ÁLVAREZ, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo No. CNSC 20191000002506 del 23 de abril de 2019 en el que se determinaron las reglas del concurso de méritos para proveer de manera definitiva la planta de personal del Ejército Nacional.

TERCERO: ORDENAR al EJÉRCITO NACIONAL que, en caso de ser emitido concepto favorable como resultado del estudio de seguridad, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, emita acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba a HECTOR FABIO LAYOS DURANGO y a ERIKA MARCELA SERNA ÁLVAREZ, en estricto orden de mérito, en el cargo de AUXILIAR PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 6-1, Grado 8, Código OPEC No. 106216, en una de las vacantes que actualmente están provistas en provisionalidad en Antioquia.

CUARTO: ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el EJÉRCITO NACIONAL, publicar de manera inmediata la decisión de esta acción de tutela en su página web institucional para efectos de notificación a los eventuales terceros interesados.

Entre otras razones, expuso que las vacantes en provisionalidad de Carepa y Caucaasia pertenecen al mismo empleo de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 14796, por cuanto corresponde al empleo de Auxiliar para apoyo de Seguridad y Defensa con el mismo código (6- 1), grado (8), propósito y ubicación geográfica (Antioquia), lo que permite colegir que se trata de la misma OPEC.

En cuanto a la aplicación de la Ley 1960 de 2019, que regula lo atinente a la equivalencia de cargos, señaló que el acuerdo del concurso se expidió el 23 de abril de 2019, es decir antes de la entrada en vigencia de la citada ley, evento en el cual debía aplicarse el criterio unificado de 2020 de la CNSC según el cual *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"*.

En otras palabras, el actor no podía aspirar a ocupar cargos equivalentes no convocados, pero si a cargos de la misma denominación, así hayan surgido con posterioridad a la convocatoria, de ahí que las personas que ocupaban las posiciones 11, 12 y 13 de la lista de elegibles tenían derecho a ser nombrados en unas de las 10 vacantes de Carepa y Caucasia que actualmente se encontraban en provisionalidad, ya que correspondían a la misma OPEC 106216.

1.5. IMPUGNACION DE LA DIRECCIÓN DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL DEL COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES

Comienza por señalar que dentro de la estructura del Ejército Nacional, la sección de Carrera Administrativa de la Dirección de Personal es la competente funcional.

Aclarado lo anterior, señala que el acuerdo suscrito por la CNS y el Comandante del Ejército Nacional (por medio del cual se establecen las reglas del concurso de mérito para proveer empleos vacantes de la planta de personal) data del 23 de abril de 2019, es decir, se había firmado con anterioridad al 27 de junio de tal anualidad (fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019), por lo que no era viable la aplicación del criterio atinente a *cargos equivalentes*.

No obstante, destaca que tanto el juez laboral como el contencioso, que conocieron las acciones que frente al caso se han presentado, empleaban el criterio de *mismos cargos*, por lo que, con el ánimo de proveer los empleos de carrera, mediante oficio del 29 de junio de 2022 solicitó a la CNSC, encargada de autorizar el uso de listas para proveer los empleos, que estudiara la posibilidad de utilizar las listas que resultaron del proceso de selección 637-2018 para proveer por mérito 323 vacantes que enlistó (desiertas o con listas insuficientes), toda vez que en su mayoría se trataban de empleos iguales. Añade que el 24 de agosto informó sobre la vacancia definitiva de empleos en condiciones iguales a la OPEC 106216, provistos en provisionalidad, indicándose 9 en el municipio de Carepa (OPEC 106210) y uno en Caucasia (OPEC 106212).

Que fue así como el 6 de septiembre de 2022 la CNSC dio respuesta autorizando el uso de listas solo para la OPEC 106428, 106611, 106839 y 106750, **no así las restantes** indicando que no se satisfacía el criterio de *mismos empleos* por no cumplir con los criterios de igual denominación o código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio, experiencia, ubicación geográfica o mismo grupo de aspirantes.

Que en tal sentido, NO se podía argumentar que las vacantes de Carepa (OPEC 106210) y Cauca (OPEC 106212) pertenecían al mismo empleo de la lista de elegibles a la que pertenecían los accionantes OPEC 106216 Medellín, pues si bien las tres correspondían al cargo de Auxiliar para Apoyo de Seguridad y Defensa, y tenían el mismo código (6-1), el mismo grado (8) y el mismo propósito, lo cierto es que diferían en la ubicación geográfica.

En ese orden de ideas, afirma que ha sido de su interés proveer las vacantes, pero que sólo podía realizar nombramientos previa autorización de la CNSC para utilizar la lista de elegibles, recalcando que los empleos vacantes sólo podían proveerse en estricto orden de la lista de elegibles que dicha entidad entregara, ya que como Comandante del Ejército Nacional, no tenía la potestad de definir el uso de las mismas para la OPEC 1062016 conforme lo previsto en el art. 130 de la Constitución Política, y en los artículos 11 y 31 de la Ley 909 de 2004.

De esta manera recalca que la CNSC es quien debe autorizar el uso de las listas y no el Ejército Nacional como lo dispuso el a quo, debiéndose suspender el cumplimiento de tal orden hasta que ello suceda.

En dichos términos solicita, como *pretensión principal*, que se revoque la sentencia y se declare la improcedencia de la acción, y como *pretensión subsidiaria*, modular la providencia dada la imposibilidad de efectuar el nombramiento pretendido, dado que NO existe vacante que permita su vinculación en un empleo de carrera de la planta del Ejército Nacional.

2. DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo expuesto, el problema jurídico que debe resolver la Sala consiste en determinar si al señor HECTOR FABIO LAYOS DURANGO y la señora ERIKA MARCELA SERNA ÁLVAREZ se le están vulnerando los derechos fundamentales que invocan y si consecuentemente es procedente ordenar su nombramiento en periodo de prueba, claro está, previa emisión de concepto favorable del estudio de seguridad, en aplicación del criterio unificado expedido por la CNSC en el año 2020,

estableciendo si la ubicación geográfica de la OPEC 106210 y OPEC 106212, impiden aplicar el criterio de *mismos cargos* de empleo de la lista de elegibles OPEC 106216.

2.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Tenemos que la acción de tutela fue reglamentada mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, con el fin de que las personas puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata y oportuna de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en casos puntuales, dándosele el carácter de **acción preferencial, sumaria y subsidiaria** porque sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En esto, cabe recordar que las características de la acción de tutela radican en que:

- Es una acción de naturaleza constitucional.
- Es una acción esencialmente judicial.
- Es una acción que protege en exclusividad los derechos constitucionales fundamentales.
- Es una acción que se dirige contra cualquier autoridad pública y contra los particulares en los eventos constitucionales.
- Procede cuando no existe otro recurso judicial.
- En caso de que exista otra acción judicial o procedimiento administrativo sólo puede interponerse como transitoria y sólo para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior se complementa en el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, enunciado que reitera la improcedencia de la tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial y agrega que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Desde su jurisprudencia inicial la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el alcance de estas disposiciones ha señalado, se reitera, que una de las características más importantes de la acción de tutela es su **carácter subsidiario y residual**. Es decir, no procede como un mecanismo alternativo de defensa judicial y no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer los medios ordinarios de defensa en su oportunidad, o cuando se ejercieron extemporáneamente, o para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias dentro de la jurisdicción correspondiente o ante la administración.

2.2. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DESARROLLO DE CONCURSOS DE MÉRITOS.

En la sentencia SU-617 de 2013 la Sala Plena de la Corte se refirió de manera especial a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos, indicando que por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración.

Así mismo en sentencia T-386 de 2016 la Corte indicó que en cada caso concreto el juez de tutela debe evaluar la idoneidad y la eficacia de los diferentes medios ordinarios de defensa para valorar la posible vulneración de un derecho fundamental, ello teniendo en cuenta que el afectado puede acudir a las medidas cautelares previstas en el CPACA, las cuales fueron reformadas con la finalidad de ofrecer una mayor eficacia a la protección de los derechos fundamentales en los procesos que se desarrollan ante los jueces administrativos, las cuales pueden ser de dos tipos: ordinarias o de urgencia. Estas últimas, a su vez, pueden ser adoptadas desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte. De manera que la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite previsto y deba adoptarse la medida. Adicionalmente, la decisión es susceptible de los recursos respectivos.

Empero, NO desconoce esta Magistratura que el Consejo de Estado¹ y la Corte Constitucional², ha precisado que durante éste proceso de selección puede incurrirse en acciones u omisiones lesivas de derechos fundamentales como el debido proceso, el trabajo y la igualdad que sólo podrían ser restablecidos por medio de la acción de tutela, dada la ineficacia del medio judicial alterno.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 24 de abril de 2008, proferida en el proceso N°AC-2008-00018-01. M.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

² Corte Constitucional, sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Incluso la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, sobre el derecho al trabajo y el acceso a cargos públicos en los concursos de méritos, dijo lo siguiente:

“DERECHO A ACCEDER A EJERCER CARGOS PÚBLICOS Y DERECHO AL TRABAJO, EN RELACIÓN CON LOS CONCURSOS DE MÉRITOS

El derecho al trabajo está consagrado en el artículo 25 de la Constitución, el cual establece:

“El derecho es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

La interpretación armónica de los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos y al trabajo, permite concluir que no son derechos en pugna, sino, que por el contrario se complementan y la cabal aplicación de uno conlleva a la eficacia del otro, en este sentido la Corte Constitucional ha señalado:

“El derecho al trabajo es una manifestación de la libertad del hombre y por tanto en último término tiene su fundamento en la dignidad de la persona humana. Este conlleva el derecho a obtener un empleo, pero ello no quiere decir, que este derecho implica que existe una prestación u ofrecimiento necesario de trabajo a todo ciudadano que se halle en condiciones de realizarlo. Aparece únicamente bajo la virtualidad que le presta el principio de acceso a los cargos públicos según el mérito y capacidad de los aspirantes, requisitos que tienen su aplicación más rigurosa en el ámbito público. Este derecho fundamental, no llega hasta el extremo de tutelar la aspiración de acceder a un empleo público o privado, pues ello desbordaría el legítimo alcance de su concepción y el marco de las demás libertades y garantías consagradas en el Estatuto Fundamental”³.

En sintonía con lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de radicación STC1086-2018, nos recordó lo siguiente:

"[e]n múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor" (C.C. T-090 de 2013, reiterada en STC5645-2016).

2.3. RÉGIMEN DE CARRERA PARA LA PROVISIÓN DE CARGOS.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-008 de mayo 18 de 1992.

La Constitución Política de 1991 prescribe en el numeral 7° del artículo 40, que se garantiza a todo ciudadano el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos⁴ en el mismo sentido el artículo 125 señala “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”. Igualmente, el inciso segundo del citado artículo consagra la regla general del concurso público, como forma de acceder a los cargos de la administración pública, y establece los criterios para la provisión de los cargos públicos: el mérito y la calidad de los aspirantes.

Sobre ese aspecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado, que el régimen de carrera encuentra su fundamento en tres objetivos básicos:

- 1) El óptimo funcionamiento en el servicio público, desarrollado en condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad;
- 2) Para garantizar el ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y
- 3) Para proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio de Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo.⁵

En sentencia SU-446 del 26 de mayo de 2011⁶ la referida Corporación señaló:

“...la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”⁷...

Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera es el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público. En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004⁸. La sentencia C-040 de 1995⁹ reiterada en la SU-913 de 2009¹⁰, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:

“1. 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. (subrayas fuera de texto).

2. **Reclutamiento.** Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

⁴ Sentencia C-563 de 6 de agosto de 2000 MP. Fabio Morón Díaz.

⁵ Sentencia 1079 del 5 de dic. 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo, considerando 6.1.1.3, página 73.

⁸ 1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad. 2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. 3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos: a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos; b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley; c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión; d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz, febrero 9 de 1995.

¹⁰ M.P. Juan Carlos Henao Pérez, diciembre 11 de 2009.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento” (subrayas fuera de texto).

3. CONSIDERACIONES

Pretenden los accionante a través de ésta vía, en síntesis, ser nombrados en uno de los cargos vacantes para el empleo denominado AUXILIAR PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 6-1, Grado 8, identificado con el Código OPEC No. 106210 o 106212, ubicados en los municipios de Carepa y Cauca, donde existen 10 plazas, actualmente ocupadas en provisionalidad.

El problema estriba en que los promotores de esta acción se postularon para el Código OPEC No.106216 en Medellín, en virtud de la cual, tras surtirse las etapas pertinentes, la CNSC expidió la lista de elegibles conformada por 14 personas para proveer 10 vacantes, quedando ambos ubicados en el puesto 11, así:

POSICIÓN	DOCUMENTO	NOMBRES	APELLIDOS	PUNTAJE
1	47435738	GLADIS	OPAYOME MELO	91.07
2	47434103	MARIA ESPERANZA	OPAYOME MELO	88.22
3	1020418554	LORENA MARIA	PALACIO ARENAS	84.97
4	1037629374	CAMILA	ALARCON ARISTIZABAL	82.65
5	1020429343	YULIANA	SEPÚLVEDA LUJÁN	73.28
6	1112461919	DIANA VANESA	BENITEZ SALDAÑA	70.15
7	42030312	BEATRIZ ELENA	CORREA LOPEZ	56.50
8	32070016	FRANCY MARIA	PEÑA GUZMAN	56.22
9	1152689192	KATHERINE	MENDOZA NARVAEZ	51.65
10	43101622	ERICA	MUÑOZ PEREZ	47.85
11	1128267294	HECTOR FABIO	LAYOS DURANGO	45.65
11	1040357153	ERIKA MARCELA	SERNA ALVAREZ	45.65
12	71374617	DIEGO ALONSO	ZAPATA ROBLEDO	41.35
13	1038617371	CLAUDIA MARCELA	ROJAS GOMEZ	33.93

Actualmente quienes fueron nombrados en esos cargos ya se posesionaron, así:¹¹.

¹¹ Consúltase folio 47 del archivo 02 cuaderno de primera instancia del expediente digital.

POSICIÓN	OPEC	NOMBRES Y APELLIDOS	Acta Posesión No.	Fecha Posesión
1	106216	GLADIS OPAYOME MELO	2837	15-mar-22
2	106216	MARIA ESPERANZA OPAYOME MELO	2938	15-mar-22
3	106216	LORENA MARIA PALACIO ARENAS	2941	15-mar-22
4	106216	CAMILA ALARCON ARISTIZABAL	2873	15-mar-22
5	106216	YULIANA SEPULVEDA LUJAN	4088	1-ago-22
6	106216	DIANA VANESA BENITEZ SALDAÑA	4089	5-ago-22
7	106216	BEATRIZ ELENA CORREA LOPEZ	2894	15-mar-22
8	106216	FRANCY MARIA PEÑA GUZMAN	2942	15-mar-22
9	106216	KATHERINE MENDOZA NARVAEZ	2929	15-mar-22
10	106216	ERICA MUÑOZ PEREZ	4358	1-sep-22

Dos de las cuatro personas que no alcanzaron una posición meritoria impetraron esta acción, Héctor Fabio y Erika Marcela. El señor Diego Alonso, que ocupó la posición 12, también buscó amparo ante el juez constitucional, obteniendo un pronunciamiento favorable a sus intereses el 18 de noviembre de 2022 cuando el Juzgado Veinte Administrativo del Circuito de Medellín ordenó al Ejército Nacional no sólo realizar el estudio de seguridad sino además que, en caso de emitir concepto favorable, nombrara aquel en una de las vacantes que actualmente estaban provistas en provisionalidad.

Tal decisión fue modificada por el *ad quem* el 19 de diciembre de 2022, evento en el cual la Sala Segunda de Oralidad el Tribunal Administrativo de Antioquia dispuso que:

SEGUNDO: ORDENAR al Ejército Nacional que en un término no superior a diez (10) días, reporte ante la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC las vacantes definitivas que haya en su planta de personal, para el cargo que concursó el accionante bajo el OPEC 106216, denominado auxiliar para apoyo de seguridad y defensa, código 6-1, grado 8, específicamente en el municipio de Carepa (9) y Caucasia (1), conforme lo expuesto.

TERCERO: ORDENAR que una vez efectuado lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC contará con un término de quince (15) días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, luego del cual, deberá remitir en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el Ejército Nacional en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas, así no hayan sido ofertadas inicialmente en el concurso, conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: DECLARA IMPROCEDENTE la pretensión de ordenar uso de la lista de elegibles, y el consecuente nombramiento en alguna vacante definitiva en el empleo de denominado auxiliar para apoyo de seguridad y defensa, código 6-1, grado 8, identificado con código OPEC 106216 proceso de selección No 637 de 2018- Ejército Nacional en aplicación del artículo 6 numeral 4 de la Ley 1960 del veintisiete (27) de junio de 2019, conforme lo expuesto en la parte motiva.

En aquella oportunidad se discutió lo mismo que hoy es objeto de debate: la posibilidad de utilizar listas disímiles para proveer otras vacantes diferentes a las ofertadas, ocupadas en provisionalidad, pero que guardaban identidad salvo lo atinente a la ubicación geográfica.

Incluso los escritos de impugnación presentados por el Ejército Nacional tienen estrecha similitud, aspecto que puso de presente la entidad al sustentar la alzada, resaltando la necesidad de obtener

previamente, en una y otra acción, la autorización por parte de la CNSC, autorización que NO obtuvo en el trámite administrativo, pues la Comisión negó su utilización.

Esto fue lo que el 6 de septiembre de 2022 respondió la CNSC al derecho de petición que elevó el Ejército Nacional, misiva que se aprecia a folios 16 y ss del archivo 11 del cuaderno contentivo del expediente de primera instancia, así:

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, recibió comunicaciones radicadas con los números citados en la referencia, mediante los cuales solicitó autorización de uso de listas de elegibles con el fin de proveer varios empleos declarados desiertos correspondientes a "mismo empleo" ofertados en el Proceso de Selección Nro. 637 de 2018 - Ejército Nacional.

Al respecto, se informa que a través del presente oficio se remite la primera parte de la respuesta a su solicitud, teniendo en cuenta que aún se encuentran en análisis varios empleos.

Por lo tanto, para confirmar la viabilidad del uso de la lista de elegibles para la provisión de las vacantes declaradas desiertas ofertadas en el Proceso de Selección Nro. 637 de 2018 - Ejército Nacional, conforme a lo dispuesto en el Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"¹ del 16 de enero de 2020, el cual señala: "(...) 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"², se realizó el análisis de "mismo empleo", del cual se pudo establecer que:

Una vez verificado el módulo del Banco Nacional de Listas de Elegibles -BNLE, se evidenció que no es dable proveer las vacantes declaradas desiertas en los siguientes **sesenta y cinco (65) empleos**, al no contar con empleos que correspondan a "mismos empleos", por no cumplir con los criterios de i) igual denominación, ii) código, iii) grado, iv) asignación básica mensual, v) propósito, vi) funciones, vii) mismos requisitos de estudio, viii) experiencia reportados en la OPEC, ix) ubicación geográfica y x) mismo grupo de aspirantes:

106210	Asistencial	Auxiliar para apoyo de seguridad y defensa	6-1	8
106212	Asistencial	Auxiliar para apoyo de seguridad y defensa	6-1	8

Destáquese varios aspectos de la misiva en comento. El primero, es que el órgano competente NO autorizó el uso de las listas para proveer las vacantes referenciadas en el recuadro anterior, a la que aspiran los demandantes, y la segunda y más importante, es la utilización del Criterio Unificado expedido el 22 de septiembre de 2020. Dicho texto surgió para responder a la problemática que generó la expedición de la Ley 1960 de 2019 y el Decreto 815 de 2018, de cara a lo que ya preveía la Ley 909 de 2004. Y es que la primera de las preceptivas mencionadas señaló que con la lista de elegibles 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. La norma anterior utilizaba la acepción **mismo empleo**. La diferencia entre uno y otro la explica el denominado Criterio Unificado, así:

- MISMO EMPLEO. Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos

requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, 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.

- EMPLEO EQUIVALENTE. Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles.

Ahora, como se dijo anteriormente, las vacantes de la OPEC No. 106210 y 106212, a la que los accionantes pretenden ser nombrados, respecto de la OPEC No.106216, que fue a la que se presentaron, guardan identidad en los siguientes aspectos:

- ✓ Cargo: AUXILIAR PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA.
- ✓ Código: 6-1.
- ✓ Grado 8.

Según los manuales allegados sus funciones son idénticas.

Funciones: 1. Recibir, registrar y distribuir los documentos entrantes para dar trámite a las solicitudes de usuarios internos y externos de acuerdo a los procedimientos establecidos. 2. Realizar las actividades de proyección, transcripción y elaboración de documentos, solicitudes, respuestas y comunicaciones escritas que le sean asignados de manera oportuna, haciendo seguimiento de recibido por parte de los destinatarios de acuerdo a las instrucciones del superior inmediato. 3. Atender de forma personal o telefónica los requerimientos de los usuarios internos y externos, suministrando información y documentos solicitados con autorización para divulgar de acuerdo a los protocolos y procedimientos establecidos. 4. Actualizar la agenda de reuniones en que deban participar los funcionarios del proceso, así como lo referente a la programación de compromisos. 5. Digitar información para la actualización de las bases de datos, diligenciamiento de formatos y trámites que le sean asignadas, de acuerdo a los procedimientos establecidos. 6. Contribuir con la organización del archivo de la dependencia, de acuerdo a la normatividad vigente. 7. Desarrollar las actividades de elaboración de informes, presentaciones, estadísticas y consolidación de información, de acuerdo a las instrucciones impartidas por el jefe inmediato. 8. Participar, cumplir y promover las actividades y lineamientos del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ejército Nacional. 9. Las demás funciones asignadas, de acuerdo con el nivel, naturaleza y el área de desempeño del cargo.	
Requisitos del cargo:	Estudio: Aprobación de educación básica primaria, Experiencia: Catorce (14) meses de experiencia laboral relacionada

Bajo este panorama, de guiarse por el criterio de **empleo equivalente** ningún impedimento tendrían los actores para ser nombrados en aquellos cargos. Sin embargo, otra cosa sucede bajo el concepto de **mismo empleo** que contemplaba la Ley 909 de 2004, que sirvió de norte a la CNSC, pues a juicio de aquella NO se satisface el criterio de ubicación geográfica. Aduce que los accionantes se

presentaron a las plazas ofertadas en Medellín y las de la OPEC No. 106210 y 106212 pertenecen a Carepa y Cauca; y es esta última ley la que rige el caso particular al ser la vigente para el 23 de abril de 2019, día en que se expidió el Acuerdo Nro. CNSC – 20191000002506, norma rectora del concurso, ya que la Ley 1960 de 2019 data del 27 de junio de tal anualidad.

Aquí el problema jurídico muta dado que la prosperidad de la súplica radica en establecer si es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019, o bien, si como lo entendió el a quo, por ubicación geográfica se entiende el distrito, es decir, Antioquia, no así la municipalidad, y como Medellín, Carepa y Cauca se ubican en el mismo departamento, aún bajo el imperio de la Ley 909 de 2004, se cumplirían los parámetros establecidos por la CNSC en cuanto a la noción de *mismo empleo*.

Sobre el asunto resulta ilustrativo el pensamiento de la Corte Constitucional mediante sentencia T-340 de 2020, oportunidad en la que indicó que:

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

(...) Dicho esto, la Sala encuentra que en esa decisión el Tribunal no tuvo en cuenta, primero, la jurisprudencia reiterada de la Corte respecto de la utilización de las listas de elegibles únicamente para proveer los cargos inicialmente convocados. Segundo, que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, antes de su modificación, establecía que las listas de elegibles vigentes solo serían usadas para cubrir las vacantes inicialmente ofertadas. Tercero, que el parágrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, que compiló el Decreto 1227 de 2005, antes de ser modificado por el Decreto 498 de 2020, reafirmaba la prohibición de proveer vacancias definitivas de cargos no convocados. Y, cuarto, que se equiparó el término oferta pública de empleos de carrera (OPEC) al de empleo y, por tal razón, se ordenó el nombramiento del accionante "en el empleo identificado con el OPEC No. 34782", cuando lo cierto es que en la referida oferta pública únicamente se ofertaron dos cargos.

Sin embargo, por el cambio normativo y la consecuente variación de los supuestos fácticos y jurídicos que dieron origen a la acción de tutela y que hacen inaplicable el precedente de esta Corte al sub-examine, se confirmará la orden de protección dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de julio de 2019, bajo el entendido que, en aplicación de la Ley 1960 del año en cita, resultaba obligatorio utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer la vacante del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, pues la misma tiene una aplicación retrospectiva e incluye la hipótesis que se alega por el actor, más allá de que ella no haya sido invocada en la demanda de tutela, al haberse presentado el cambio normativo durante el desarrollo del proceso, circunstancia que no afecta su pretensión, ya que, como se dijo, **la Corte ha admitido que esa solución legal garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública, lo cual resulta claramente concordante con la reclamación realizada por el accionante.**

Así las cosas, no cabe duda que, de conformidad con el orden establecido en la lista de elegibles, el señor Ángel Porras tenía derecho a ser nombrado en período de prueba en el

mencionado cargo y, por ende, procedía terminar el encargo de la señora Yaneth Benítez Vásquez, como a continuación se pasará a explicar.

3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”.

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. **Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley.** Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.

De hecho, en este punto debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”. En este punto no sobra recordar que el pronunciamiento de dicha autoridad goza de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. art. 130).

3.7.4. En el caso concreto del accionante, la Corte considera que hay lugar a aplicar retrospectivamente el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, a aplicar directamente la lista de elegibles, por las siguientes razones:

- i. El 3 de julio de 2019, fecha en la cual el Tribunal Administrativo de Santander profirió la sentencia de segunda instancia, ya se había expedido la Ley 1960 del año en cita.
- ii. En esa misma fecha la lista de elegibles continuaba vigente, comoquiera que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, es decir, venció el 30 de julio de 2020.
- iii. De conformidad con la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, en la cual la CNSC adoptó la lista de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal San Gil, regional Santander, el accionante era el siguiente en el orden, luego de haberse producido el nombramiento de las dos vacantes convocadas inicialmente.
- iv. El cargo en el que solicita ser nombrado el señor Ángel Porras se encontraba en vacancia definitiva y estaba provisto en encargo, tal como lo reconoce el ICBF en la contestación de la acción de tutela.
- v. El referido cargo tiene la misma denominación, grado, código y asignación básica, además de presentarse en el centro zonal de San Gil, regional Santander, hecho que no fue controvertido por las partes durante el trámite de la acción de tutela.

(Resaltos de la Sala)

La decisión allí adoptada, en palabras de la Corte, garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública. De esta manera se asegura el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa, permitiéndose que el servicio público se preste por personas calificadas, lo que consecuentemente apareja la materialización de distintos derechos de la ciudadanía, entre ellos, acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, previa fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes conocidos con antelación por los aspirantes. De esta manera, con el establecimiento de concursos públicos, el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, esquema que

no resulta quebrantado al ubicar dos municipios en una misma regional, coincidiendo así su ubicación geográfica, permitiéndose de esta manera proveer el cargo a quien por mérito merece acceder a él.

Incluso la Corte ha sostenido que el principio de mérito *“constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*¹²

En tal medida, y atendiendo los fines descritos, es perfectamente admisible acoger la intelección del a quo. En todo caso, si alguna discrepancia existiere frente a ello, habría de acudir a los razonamientos de nuestro órgano de cierre en materia constitucional, que ha avalado la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, bajo la cual ambos empleos resultan equivalentes.

Aunado a lo anterior, el Departamento Administrativo de la Función Pública, frente a la sentencia T-340 de 2020, emitió el Concepto 102361 de 2021, en el que señaló que:

De acuerdo con la Corte, por regla general las leyes producen efectos jurídicos a futuro, es decir, surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia, no obstante, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general, para el caso de la vigencia de la Ley 1960 de 2019 se debe tener en cuenta que puede dar lugar a una aplicación retrospectiva de la norma, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva”.

Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Según la Corte, para el caso de la modificación introducida al Artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Para la Corte, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos de la ley.

Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues las entidades, deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella.

¹² Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Aunado a lo anterior, la norma rectora del concurso, Acuerdo Nro. CNSC – 20191000002506 expedido el 23 de abril de 2019, prevé la posibilidad de que un elegible escoja una vacante en ubicación geográfica distinta a la que se postularon. Así que ante la existencia de empleos reportados (como sucede con la OPEC – Oferta Pública de Empleos de Carrera- No. 106210 y 106212) con diferente ubicación geográfica, entendiéndose disímil municipio, le compete a la CNSC realizar una audiencia de escogencia de acuerdo al orden del mérito, así:

CAPITULO VIII AUDIENCIAS PÚBLICAS PARA ESCOGENCIA DE VACANTES UBICADAS EN DIFERENTES SEDES DE TRABAJO

ARTÍCULO 64°. AUDIENCIAS PÚBLICAS. Es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil realizar las audiencias públicas para la escogencia de empleo por parte de los elegibles para los casos señalados en este capítulo.

Cuando la CNSC conforme lista de elegibles para uno o varios empleos reportados por las entidades a la Oferta Pública de Empleos de Carrera, con vacantes en diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar la audiencia de escogencia de empleo, de acuerdo al orden de mérito establecido en la lista de elegibles.

PARÁGRAFO: Para todos los efectos del Proceso de Selección, se entenderá por Audiencia Pública el mecanismo utilizado por la CNSC, para que los elegibles en estricto orden de mérito, puedan escoger la vacante de su preferencia, cuando el empleo para el cual concursaron cuente con más de una vacante con ubicación geográfica distinta.

ARTÍCULO 65°. TÉRMINO PARA LA REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA PÚBLICA. En firme la Lista de Elegibles y con el resultado definitivo del Estudio de Seguridad, se citará a los elegibles a la celebración de la Audiencia Pública para la escogencia de sedes en un término no superior a diez (10) días hábiles.

Empero, la CNSC ha sido renuente a ello, incluso, como se explicó en renglones anteriores, rechazó la solicitud que hiciera el Ejército Nacional en similar sentido, de ahí que se habilite al juez constitucional para impartirle una orden en aras de cesar la vulneración de los derechos fundamentales que gozan los accionantes.

De esta manera, resulta latente la intención del nominador de proveer cargos con apego a la lista de elegibles que a hoy conserva su vigencia en atención a la medida provisional decretada en primera instancia y cuya duración se circunscribe al trámite de esta acción; además es perfectamente admisible entender satisfecho el requisito de identidad geográfica atendiendo a que las municipalidades de Carepa, Cauca y Medellín se ubican en el mismo distrito o región, es decir, Antioquia, intelección bajo la cual se garantizaría el principio del mérito y si tales razones resultaren insuficientes, para este especialísimo evento, habría de darse efectos retrospectivos a lo normado en la Ley 1960 de 2019 en lo atinente a la aplicación del criterio de equivalencia de empleos.

Destáquese en este punto, que el 24 de noviembre de 2022, al admitirse esta acción, el a quo dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

CUARTO: VINCULAR a las personas que conforman la lista de elegibles para el empleo denominado AUXILIAR PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 6-1, Grado 8, identificado con el Código OPEC No. 106216, del proceso de selección No. 637 de 2018 – Ejército Nacional, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del sector Defensa, conformada mediante Resolución N° CNSC - 14796 del 25 de noviembre de 2021, en tanto podrían verse afectados con la decisión que sobre las pretensiones del accionante se tomen.

QUINTO: ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, el COMANDO GENERAL FUERZAS MILITARES Y el EJÉRCITO NACIONAL, **publicar de manera inmediata la existencia de esta acción de tutela en su página web institucional para efectos de notificación a los eventuales terceros interesados.**
(Resaltos propios)

Quiere esto decir que a este trámite se le dio la publicidad requerida para efectos de impedir la lesión de los derechos que pudieran gozar otras personas que, en similares circunstancias, quisiesen optar por las vacantes declaradas desiertas, y cuya provisión se pretende mediante esta acción. Incluso, de esta manera la señora ERIKA MARCELA SERNA ÁLVAREZ fue la única que se presentó y logró su vinculación a una acción cuya decisión y órdenes contenidas en la parte resolutive tiene efectos “*inter partes*”, y no de otra forma podría ser, especialmente de cara a la vigencia o no de las listas de elegibles emitidas respecto de otras OPEC, de cuyo estudio no se ocupó la Sala para efectos de establecer los posibles errores cometidos por la CNSC.

En este orden de ideas, NO es dable emitir una orden directa contra el Ejército Nacional, dado que las actuaciones que a este le corresponde (dígase estudio de seguridad o nombramientos) únicamente pueden realizarse una vez la CNSC emita un concepto favorable y/o apruebe la utilización de la lista de elegibles de la OPEC 106216, para la provisión de los cargos vacantes con el Código OPEC No. 106210 o 106212.

En consideración a lo expuesto, se MODIFICARÁ la decisión impugnada en el sentido de ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicios Civil, quien administra y vigila el sistema general de carrera, que en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de esta decisión, expida el acto administrativo correspondiente a través del cual estudie la viabilidad de autorizar la utilización de la lista de elegibles para el caso de la OPEC 106216 conformada a través de la Resolución No. 2021RES-400.300.24-14796 del 25 noviembre de 2021, para la provisión de los cargos vacantes para el empleo denominado AUXILIAR PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 6-1, Grado 8, identificado con el Código OPEC No. 106210 o 106212, ubicados en los municipios de Carepa y Caucaasia, bajo el entendido de que, a juicio de esta Sala, se satisface el criterio de mismos cargos, así como el requisito de identidad de ubicación geográfica, pues todos se localizan en la regional Antioquia. En el caso de NO considerarlo viable, realizará la audiencia pública de que trata el artículo 64 del Acuerdo Nro. CNSC – 20191000002506 expedido el 23 de abril de 2019 para examinar la viabilidad de dicha provisión.

Significa lo anterior que una vez la CNSC expida la autorización requerida, el Ejército Nacional podrá efectuar las acciones que legalmente le correspondan atinentes al estudio de seguridad y nombramientos en estricto orden de mérito a favor de los aquí accionantes.

4. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución Nacional,

DECIDE

PRIMERO: MODIFICA la sentencia de primera instancia proferida el 6 de diciembre de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín dentro de la acción de tutela impetrada por el señor **HECTOR FABIO LAYOS DURANGO** y la señora **ERIKA MARCELA SERNA ÁLVAREZ** identificados con la cédula de ciudadanía Nro. 1.128.267.294 y 1.040.357.153 contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-** y el **EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: se ORDENA a la Comisión Nacional del Servicios Civil, que en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación del fallo, expida el acto administrativo a través del cual estudie la viabilidad de autorizar la utilización de la lista de elegibles de la OPEC 106216 conformada a través de la Resolución No. 2021RES-400.300.24-14796 del 25 noviembre de 2021, para la provisión de los cargos vacantes para el empleo denominado AUXILIAR PARA APOYO DE SEGURIDAD Y DEFENSA, Código 6-1, Grado 8, identificado con el Código OPEC No. 106210 o 106212, ubicados en los municipios de Carepa y Caucaasia, bajo el entendido de que, a juicio de esta Sala, se satisface el criterio de mismos cargo, así como el requisito de identidad de ubicación geográfica, pues todos se localizan en la regional Antioquia. En el caso de NO considerarlo viable, realizará la audiencia pública de que trata el artículo 64 del Acuerdo Nro. CNSC – 20191000002506 expedido el 23 de abril de 2019 para examinar la viabilidad de dicha provisión.

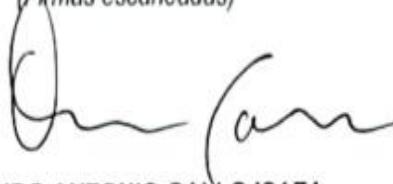
Si la CNSC expidiese la autorización requerida, el Ejército Nacional efectuará las acciones que legalmente le correspondan atinentes al estudio de seguridad y nombramientos en estricto orden de mérito a favor de los aquí accionantes.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes, mediante telegrama o por cualquier otro medio eficaz (Decreto 2591/91 Art. 30; Decreto 306/92 Art. 5).

CUARTO: ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión (Art. 31 inc. 2º del Decreto 2591/91).

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma en constancia por quiénes en ella intervinieron.

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO