

Síntesis del caso: La accionante participó en convocatoria de la CNCS para proveer 2 vacantes definitivas de un empleo. Ocupó el noveno puesto en la lista de elegibles según Resolución No. 2021RES-400.300.24-11060 del 17 de noviembre de 2021. El 19 de diciembre de 2019 la Personería de Bogotá modificó la estructura de su planta de empleos y creó 233 más, pero la accionante considera que no se ha adoptado lo pertinente, incluso establecer la viabilidad de usar la lista de elegibles en cualquiera de los cargos creados mediante el Acuerdo 755 de 2019. El 28 de noviembre de 2023 el Juzgado Cincuenta y nueve Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., declaró la improcedencia de la acción frente a los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos y derecho al trabajo de la accionante.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA – en concurso de méritos / ACCION DE TUTELA – contra actos administrativos expedidos en concurso de méritos – procedencia excepcional en concurso de méritos / LISTA DE ELEGIBLES – equivalencia de empleos – aplicación de lista en concurso de méritos

Problema Jurídico: La sala definirá si la acción de tutela procede, para definir sobre la afectación de los derechos al trabajo, el acceso a los cargos públicos y la igualdad de S.G.G. porque la Personería de Bogotá D.C. no ha nombrado a la accionante en alguno de los empleos creados en 2019 en esa entidad, pese a que ella ocupó el lugar No. 9 en la lista de elegibles confirmada el 22 de marzo de 2022 para el empleo de profesional especializado.

Tesis: (...) La Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela no procede para atacar actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos. En el caso, la sala considera que la tutela procede porque ningún acto administrativo es materia de cuestionamientos, ni obra alguna decisión de la Personería de Bogotá D.C. que defina negarle a la accionante nombrarla en un empleo. En ese orden, esta acción es un mecanismo eficaz, si se tiene en cuenta que la solicitud de tutela fue presentada a puertas del vencimiento de la lista de elegibles, lo que la Corte Constitucional ha considerado como criterio para la procedencia excepcional de la tutela. Por lo tanto, no se acoge la decisión de primera instancia en tanto declaró improcedente la tutela, por lo que se definirá el asunto de fondo. (...) En el caso, la sala no encuentra probada la transgresión de los derechos fundamentales de la accionante. En primer lugar, cabe recordar que la posición que la accionante ocupó en la lista de elegibles no determina un derecho adquirido, pues la oferta del concurso fue sólo para 2 vacantes en el empleo de profesional especializado, que fueron ocupadas por los participantes que obtuvieron la posición meritatoria. (...) En segundo lugar, en el Acuerdo 755 de 2019 de la Personería de Bogotá D.C. no se incluyó la creación del empleo de profesional especializado: difiere de los demás, no solo en la denominación, sino especialmente en las características, funciones y requisitos para el que ella concursó. (...) con las pruebas que obran en el expediente, no se verifica que el empleo al que concursó la accionante pueda considerarse equivalente con otro. (...) La sala no encuentra que las acciones vulneraron los derechos fundamentales de la señora S.G.G. al no aplicar la lista de elegibles en la que ella ocupó el noveno lugar, para proveer alguno de los empleos creados en la Personería de Bogotá D.C. porque no se demostró la equivalencia con el de la lista de elegibles. En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia que declaró la improcedencia de la tutela. En su lugar, se negará la solicitud.

Nota de relatoría: Respecto a la procedencia de la acción de tutela cuando se trata de concursos de mérito, consultar: Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 2019 y Sentencia T-081 de 2021. En

cuanto al derecho adquirido de quienes conforman una lista de elegibles, consultar: Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Fuente formal: Constitución Política (art. 86); Decreto Ley 2591 de 1991 (art. 32).

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION TERCERA - SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., 25 de enero de 2024

Magistrada: Bertha Lucy Ceballos Posada
Radicación: 11001 33 43 059 2023 00369 00
Accionante: Shirley Gómez García
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil y otro
Derechos: Debido proceso, igualdad y acceso a cargos Públicos

ACCIÓN DE TUTELA
(Sentencia de segunda instancia)

La sala resuelve la impugnación formulada por la accionante contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2023 por el Juzgado Cincuenta y nueve Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la improcedencia de la acción frente a los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos y derecho al trabajo de la señora Shirley Gómez García.

I. ANTECEDENTES

La solicitud de tutela

1. La accionante participó en el proceso de selección en las modalidades de ascenso y abierto convocado para proveer 2 vacantes definitivas de un empleo. Ocupó el noveno puesto en la lista de elegibles según Resolución No. 2021RES-400.300.24-11060 del 17 de noviembre de 2021, modificada por la Resolución No. 2022RES-400.300.24-019113 del 22 de marzo de 2022.
2. El 19 de diciembre de 2019 la Personería de Bogotá modificó la estructura de su planta de empleos y creó 233 más, pero la accionante considera que no se ha adoptado lo pertinente, incluso establecer la viabilidad de usar la lista de elegibles en cualquiera de los cargos creados mediante el Acuerdo 755 de 2019. Por lo tanto, solicitó:

Primera: Ordenar a la PERSONERÍA DE BOGOTÁ, que proceda a informar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNCS, en los términos establecidos en el parágrafo 2º del artículo 24 de la Ley 909 de 2006, modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, la existencia de las vacantes definitivas a proveer, correspondientes al empleo denominado Profesional Especializado, Código 222, Grado 7, identificado con el Código OPEC No. 137797, que existan en aquella entidad, particularmente, los relacionados con los cargos creados mediante el Acuerdo 755 de 2019 "Por el cual se modifica la estructura organizacional la planta de empleos de la Personería de Bogotá, D.C., y se dictan otras disposiciones".

Segunda: Ordenar a las entidades accionadas que, en observancia de los principios propios de la función administrativa, especialmente, los de coordinación, eficacia, economía y celeridad, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar plena observancia a lo previsto en el numeral 4° del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, se solicite y autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 2021RES-400.300.24-1106 0 del 17 de noviembre de 2021, modificada por la Resolución No. 2022RES-400.300.24-019113 del 22 de marzo de 2022, para la provisión de las vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Especializado, Código 222, Grado 7, identificado con el Código OPEC No. 137797, que se encuentran disponibles para ser cubiertas en la planta global de la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C., particularmente, los cargos creados mediante el Acuerdo 755 de 2019 "Por el cual se modifica la estructura organizacional la planta de empleos de la Personería de Bogotá, D.C., y se dictan otras disposiciones".

Tercera: Ordenar a las accionadas que, dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, procedan de acuerdo a lo establecido en la Ley 1437 de 2011 a dar inicio a todas y cada una de las actuaciones administrativas encaminadas a establecer la viabilidad de hacer uso de la lista de elegibles para proveer las vacantes del empleo de Profesional Especializado, Código 222, Grado 7, identificado con el Código OPEC No. 137797, particularmente, en cualquiera de los cargos creados mediante el Acuerdo 755 de 2019 "Por el cual se modifica la estructura organizacional la planta de empleos de la Personería de Bogotá, D.C., y se dictan otras disposiciones", y que actualmente se hallan en vacancia definitiva o provistas en provisionalidad o encargo, informando a todos los interesados para que ejerzan su derecho de defensa.

Oposición de la CNSC

3. indicó que el uso de las listas de elegibles, está definido en los acuerdos del respectivo concurso de méritos, sobre los que existen otros medios de control para controvertir su contenido, razón por la cual la solicitud de tutela es improcedente.

4. De otro lado, puso de presente que, consultado el Banco Nacional de la lista de elegibles, la Personería de Bogotá no reportó movilidad de la lista, encontrándose así las 2 vacantes ofertadas provistas con los elegibles que ocuparon las posiciones meritorias.

5. Recordó que la accionante ocupó la posición 9 en la lista de elegibles, por lo que no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria.

Oposición de la Personería de Bogotá D.C.

6. En primer lugar, solicitó declarar que la acción es improcedente. Aclaró que en las vacantes al cargo de profesional especializado se nombró a las personas que ocuparon la posición 1 y 2 de la lista de elegibles y al generarse una nueva vacante, se solicitó usar lista para la posición 3.

7. Por otra parte, aclaró que el Acuerdo Distrital 755 de 2019 creó empleos en la entidad, pero ninguno de profesional especializado.

La sentencia impugnada

8. El 28 de noviembre de 2023, el juez de primera instancia declaró improcedente la presente acción de tutela para atender las pretensiones elevadas por la accionante por subsidiariedad.

9. Agregó que no se acreditaron en el asunto los presupuestos mínimos de procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos en el marco de concursos públicos de méritos, ni sobre un perjuicio irremediable.

10. Resaltó que la accionante no tiene un derecho adquirido para ser nombrada en el empleo al que aspiró porque, aunque hace parte la lista de elegibles para proveer las 2 vacantes ofertadas, ocupó la posición 9 de dicha lista, por lo que no se encuentra en una posición de elegibilidad.

La impugnación

11. La accionante reiteró lo consignado en la solicitud de tutela. Insiste en que sus derechos fueron vulnerados porque las accionadas no han realizado lo necesario para proveer los cargos vacantes.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

12. La sala es competente para decidir la impugnación, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico

13. La sala definirá si la acción de tutela procede, para definir sobre la afectación de los derechos al trabajo, el acceso a los cargos públicos y la igualdad de Shirley Gómez García porque la Personería de Bogotá D.C. no ha nombrado a la accionante en alguno de los empleos creados en 2019 en esa entidad, pese a que ella ocupó el lugar No. 9 en la lista de elegibles confirmada el 22 de marzo de 2022 para el empleo de profesional especializado.

14. De ser procedente, se definirá si la omisión de la accionada vulnera los derechos fundamentales de la accionante.

La procedencia de la acción de tutela

15. La Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela no procede para atacar actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos. Sin embargo, en algunos supuestos, dadas las circunstancias particulares, cuando este medio judicial no es idóneo ni eficaz, la acción procede¹.

16. En el caso, la sala considera que la tutela procede porque ningún acto administrativo es materia de cuestionamientos, ni obra alguna decisión de la Personería de Bogotá D.C. que defina negarle a la accionante nombrarla en un empleo.

17. En ese orden, esta acción es un mecanismo eficaz, si se tiene en cuenta que la solicitud de tutela fue presentada a puertas del vencimiento de la lista de elegibles, lo que la Corte Constitucional ha considerado como criterio para la procedencia excepcional de la tutela².

Por lo tanto, no se acoge la decisión de primera instancia en tanto declaró improcedente la tutela, por lo que se definirá el asunto de fondo.

La equivalencia de empleos y la aplicación de lista de elegibles

18. En el caso, la discusión involucra al principio constitucional del mérito, que tiene finalidad tripartita, para materializar derechos como el acceso a cargos públicos, trabajo, debido proceso e igualdad³.

¹ Sentencia T-059 de 2019. “Cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un período fijo determinado en la Constitución o en la ley”.

² Sentencia T-081 de 2021.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera:

“(…) [E]l **mérito 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.

19. Ese principio se materializa mediante el concurso público. Instrumento que “garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador”⁴.

20. En el caso, la sala no encuentra probada la transgresión de los derechos fundamentales de la accionante.

21. En primer lugar, cabe recordar que la posición que la accionante ocupó en la lista de elegibles no determina un derecho adquirido, pues la oferta del concurso fue sólo para 2 vacantes en el empleo de profesional especializado, que fueron ocupadas por los participantes que obtuvieron la posición meritoria. Al respecto, la Corte Constitucional consideró⁵:

“...la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”⁶. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. **Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía**

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 mérito puede ser causal de remoción (...).

En tercer lugar, **la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que cualquier persona calificada para el cargo pueda participar en el respectivo concurso** y, de otro, proscribire la concesión de tratos diferenciados injustificados y la arbitrariedad de quien ostenta la condición de nominador. (...)” [Resalta la Sala]

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Además, en sentencia SU-913/09, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, la misma corte indicó:

«la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”⁵. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. **Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004**».

⁶ Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004".

22. En ese sentido, la Corte Constitucional también ha considerado que la lista de elegibles puede utilizarse para proveer un cargo no ofertado, siempre que la accionante «fuese la siguiente en el orden de la lista de elegibles⁷», lo que no ocurre en este caso.

23. En segundo lugar, en el Acuerdo 755 de 2019 de la Personería de Bogotá D.C. no se incluyó la creación del empleo de profesional especializado: difiere de los demás, no solo en la denominación, sino especialmente en las características, funciones y requisitos para el que ella concursó.

24. Los empleos equivalentes son "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"⁸.

25. No obstante, con las pruebas que obran en el expediente, no se verifica que el empleo al que concursó la accionante pueda considerarse equivalente con otro. Tampoco se indicó en la solicitud de tutela cuál podría equipararse con el de profesional Especializado Código 222, grado 07 y Opec 137797.

26. La sala no encuentra que las accionadas vulneraron los derechos fundamentales de la señora Shirley Gómez García al no aplicar la lista de elegibles en la que ella ocupó el noveno lugar, para proveer alguno de los empleos creados en la Personería de Bogotá D.C. porque no se demostró la equivalencia con el de la lista de elegibles.

27. En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia que declaró la improcedencia de la tutela. En su lugar, se negará la solicitud.

En mérito de lo expuesto el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA:

⁷ Sentencia T-081/21, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

⁸ *Ibidem*, Resalta la Sala en la cita intertextual.

Radicación: 11001 33 43 059 2023 00369 00
Accionante: Shirley Gómez García
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil y otro

7

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de tutela del 25 de agosto de 2023 por medio de la cual el Juzgado Cincuenta y Nueve Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., declaró improcedente la solicitud de tutela.

En su lugar: **NEGAR** la tutela solicitada por Shirley Gómez García.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión, mediante mensaje de datos remitido a las siguientes direcciones electrónicas o a cualquier otro canal de comunicación electrónico que repose en las bases de datos de la Secretaría de la Sección:

Accionante: s8916@hotmail.com

Accionadas: notificacionesjudiciales@cncs.gov.co;
buzonjudicial@personeriabogota.gov.co

TERCERO: REMÍTASE, una vez ejecutoriada la sentencia, a la Corte Constitucional, para fines de la eventual revisión, los archivos electrónicos indicados en el artículo 1 del Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)

BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

Magistrada

(Firmado electrónicamente)

JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

Magistrado

(Firmado electrónicamente)

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

Magistrada