

Santiago de Cali, 23 de julio de 2024.

Señor (a) Juez Constitucional - (Reparto)

E.S.D.

Asunto: Acción de tutela con medida provisional

Accionada: EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Accionante: Jesús Arnulfo Muñoz Millán.

Yo, **Jesús Arnulfo Muñoz Millán.**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.696.568 y registro laboral No. 5884, obrando en nombre propio me permito presentar **ACCIÓN DE TUTELA CON MEDIDA PROVISIONAL** contra la entidad EMCALI E.I.C.E. E.S.P., representada legalmente por el Dr. Roger Mina en su calidad de Gerente General, soportada en los derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO**, al derecho al **ACCESO O ASCENSO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA POR MERITOCRACIA** y por el derecho fundamental a la **IGUALDAD**, consagrados en los artículos 13, 29, 40 y 125 de la Constitución Política de 1991. Lo anterior de conformidad con los siguientes:

HECHOS

1. Participé de la Convocatoria No. 08 del concurso de méritos adelantado por EMCALI, en la cual obtuve un puntaje vigente de 68,46 y en virtud de ello ocupé para ese momento el tercer puesto del orden de elegibilidad de la lista de elegibles con la posibilidad de ascender a un cargo con nivel salarial correspondiente a Profesional de acuerdo a la Resolución GG No. 1000004302020 de fecha 5 de octubre de 2020. Esta lista de elegibles se encuentra vigente hasta el día 07 de agosto de 2024.
2. A la fecha de este escrito sigo con el puntaje vigente y estoy en el primer lugar de la lista de elegibles del concurso No. 08 de EMCALI con resultados publicados mediante circular No. 831-1473-22 julio 2022 para el cargo de Ingeniero de Operación y Mantenimiento II del área funcional de planeación y gestión y evaluación de la operación del sistema eléctrico de energía.
3. A la fecha de este escrito y desde el mes de diciembre de 2023 se han encontrado vacantes para el cargo correspondiente a Ingeniero de Operación y Mantenimiento II.

4. Al haber quedado vacantes del cargo antes referido, adquirí un derecho respecto de este, toda vez que a fecha de hoy ocupó el primer lugar de la lista de elegibles de la convocatoria No.08 y cumpla con el perfil profesional, conocimientos científicos, competencias comportamentales, laborales y experiencia en EMCALI, para cumplir los requisitos que establece el manual de funciones y desempeñarme eficientemente en el cargo de ingeniero de Operación y Mantenimiento II de la GUENE de EMCALI.
5. De conformidad con el artículo 27 de la Resolución G.G No. 1000004302020 del 05 de octubre de 2020 de EMCALI, normativa aplicable a la convocatoria No.08 según consta en los resultados de la misma, las vacantes que se generen con posterioridad a los ascensos o ingresos se proveerán con las listas de elegibles vigentes en estricto orden descendente y de acuerdo con la solicitud del Gerente o a solicitud del elegible, en éste caso el suscrito.
6. La norma anterior establece que la persona que ocupará el cargo vacante debe cumplir con los requisitos específicos del perfil, que frente al caso que nos ocupa corresponde debo señalar que cumpla con suficiencia los requisitos al considerar que soy graduado como Ingeniero Electricista egresado de la Universidad del Valle, Especialista en Sistemas Gerenciales de Ingeniería de la Universidad Javeriana y, actualmente me desempeño en el Área Funcional Supervisión y Control Operativo del Sistema Eléctrico de Energía de la Unidad de Operación de Energía de la GUENE en EMCALI.
7. A lo anterior debe sumarse que, en varias ocasiones, solicité ante EMCALI se sirviera provisionarme las casillas vacantes que surgían para el cargo de Ingeniero de Operación y Mantenimiento II, ejemplo de ello son las solicitudes anexas del 18 de diciembre de 2023, 02 de enero y 30 de mayo de 2024 y cuya respuesta siempre fue desfavorable sin que existiese una argumentación jurídica que diera base para ello.
8. Despachar de manera negativa estas solicitudes, y por tanto no priorizar el mérito y desnaturalizar el sentido de los concursos, sumado al desconocimiento de la vigencia de la lista de elegibles en que me encuentro, desata una grieta normativa y a su vez violenta el principio meritocrático como fundamento del acceso o ascenso en la función pública. En este caso, deben imponerse los principios sobre las reglas.
9. En virtud de lo anterior y con fundamento en lo dispuesto en la Resolución GG No. 1000004302020 de fecha 5 de octubre de 2020 de EMCALI vigente

para la fecha en que se publicaron los resultados del concurso y que regía los concursos de méritos y más en específico era aplicable a la convocatoria No. 08 me permito indicar que mi interés y ánimo principal al impetrar la presente acción es mi deseo de ascender como funcionario y desde allí continuar contribuyendo a la mejor prestación del servicio público, y al considerar que cuento con la capacidad, experticia y formación académica necesaria para ocupar el cargo en cuestión. Todo ello demostrado en mi hoja de vida laboral y con deseo de continuar demostrándolo en el referido proceso de selección.

10. Así, el mecanismo de amparo constitucional e intervención del juez constitucional se hacen necesarios para efectivizar derechos de raigambre constitucional y dado que la vigencia de la lista de elegibles fenece el día 07 de agosto de 2024, de manera que se presenta la acción de tutela con medida provisional con la finalidad de asegurar que EMCALI dé cumplimiento a las disposiciones legales que regulan los concursos de méritos y proceda a nombrarme en la casilla vacante, previa verificación de los requisitos específicos del perfil y atención al derecho adquirido que nació a la vida jurídica.

MEDIDA PROVISIONAL

Respetuosamente le solicito al despacho, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, que como medida provisional se sirva ordenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. que haga uso de la lista de elegibles vigente y correspondiente a la Convocatoria No. 08 para que proceda a nombrarme en el cargo de Ingeniero de Operación y Mantenimiento II, previa verificación del cumplimiento de los requisitos específicos del perfil.

El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, establece que el juez constitucional cuando lo considere necesario y urgente para proteger un derecho fundamental *“el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos”*. Para lo pertinente, el artículo 7 del referido Decreto dispone:

“Artículo 7°. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés PÚBLICO.

En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el

medio más expedito posible. El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. [...]”

En este sentido, la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las medidas provisionales pueden ser adoptadas en los siguientes casos: “(i) cuando resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación o; (ii) cuando habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa”.

En el presente se constata la amenaza en lo relativo a la vigencia de la lista de elegibles, toda vez que la lista de elegibles de la cual hago parte perderá vigencia el día 07 de agosto de 2024, de manera que la demora en los trámites administrativos internos de EMCALI que se requieren para nombrar y proveer un cargo, pueden poner en riesgo mi derecho a la elegibilidad y ascenso, a la igualdad y al debido proceso.

Así, con los argumentos y pruebas aportadas con este escrito, los que comedidamente solicito al Juez de tutela sean analizados con detalle para efectos de decidir sobre la procedencia de la medida provisional solicitada, como se relató en el acápite fáctico, pueden resultar anulados mis derechos.

Es importante mencionar en este punto que la aprobación de la medida provisional no constituye un prejuzgamiento, y que solo pretende garantizar que EMCALI EICE ESP cumpla con lo dispuesto en la resolución que regulan los concursos.

PRETENSIONES

- 1. Declárase vulnerados mis derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO, AL DERECHO AL ACCESO O ASCENSO A LA FUNCIÓN PÚBLICA POR MERITOCRACIA Y A LA IGUALDAD**, por parte de Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP.**
- 2. Sírvase RECONOCER y AMPARAR mis derechos constitucionales, conforme a la aplicación del principio de favorabilidad normativa en materia de interpretación de normas que versen o afecten DERECHOS FUNDAMENTALES.**
- 3. En virtud del amparo a mis DERECHOS FUNDAMENTALES, sírvase ORDENAR a EMCALI EICE ESP que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación favorable del fallo de tutela, se sirva ascenderme en el cargo Ingeniero de Operación y Mantenimiento II y que adelante todos los trámites que correspondan para tal efecto.**

4. Las demás o alternas que el despacho considere procedentes, dentro de su facultad extra y ultrapetita, de cara a lo demostrado en la presente acción y lo resuelto por su despacho con relación a la MEDIDA PROVISIONAL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, dispone los elementos que el operador jurídico debe observar con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.

Legitimación por pasiva

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 5°, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes, el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto, entre otros casos.

En el caso concreto, radiqué los días 18 de diciembre de 2023, 02 de enero y 30 de mayo de 2024 solicitudes ante EMCALI EICE ESP con el objetivo anunciado en la presente acción de tutela. Empero de ello, dichas peticiones fueron despachadas negativamente pero, **la respuesta a la petición del 30 de mayo, se me notificó hasta el pasado 17 de julio de 2024 (como se puede apreciar en la constancia de fecha de respuesta) y sólo como consecuencia de un fallo de tutela por vulneración a ese preciso derecho de petición.**

Advertidas esas particularidades dentro del presente, más allá de denotar una presunta mala fe de parte de la entidad y un interés oculto por dilatar la provisión de la vacante a mi favor, se evidencia que la acción de tutela y la medida provisional resultan ser el único medio idóneo, dado que es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos

fundamentales, y efectivo, en la medida que está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados y que de no acudirse a esta vía, la entidad presumiblemente dilatará (como ya consta evidencian) la provisión de la vacante hasta el fenecimiento de la vigencia del puntaje el 07 de agosto de los corrientes.

Inmediatez

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la amenaza inminente de los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho al acceso a la carrera administrativa por meritocracia y a la igualdad, los cuales se tienen como derechos fundamentales.

De la vulneración al derecho de la igualdad y del principio de favorabilidad normativa.

La entidad EMCALI EICE ESP, al negar mi derecho adquirido y evitar nombrarme en el cargo vacante, vulnera el derecho a la igualdad y equidad, en tanto ha hecho uso de las listas de elegibles para suplir otras vacantes. De tal manera que estas negativas ya constituyen la vulneración al derecho a la igualdad respecto de aquellos que sí han sido nombrados.

Téngase presente para lo anterior, su señoría, que el fundamento esgrimido por EMCALI en su respuesta del 21 de diciembre de 2023 al derecho de petición del 18 de diciembre de 2023 fue que, pese a conocer que yo para esa fecha ya ocupaba el primer puesto en la lista de elegibles, no existían vacantes para el cargo de INGENIERO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO II pero que, en todo caso, la provisión eventual de dicha vacante se haría siguiendo las disposiciones del artículo 27 de la Resolución GG No. 100004302020 del 05 de octubre del 2020.

Si eso es así, no entiende el suscrito cómo en la respuesta del 08 de febrero de 2024 a mi reiterada petición del 02 de enero de 2024, se contraría indiscriminadamente lo resuelto en la petición anterior y se me cambian las reglas del juego, indicándome que se adoptó e implementaron ajustes al manual de funciones y competencias laborales, con fundamento en una resolución del año 2021 con No. 1000053 del 30 de diciembre de esa calenda y que, *"antes de utilizar la lista de elegibles que usted efectivamente encabeza" deben "aplicar los instrumentos de evaluación (...)"*. Finaliza dicha respuesta que *"lo dispuesto en el artículo 27 de la Resolución 100005302020 del 05 de octubre de 2020 **debe interpretarse de manera sistemática, en consonancia con el modelo de gestión por competencias y el nuevo manual de funciones**"* (Subrayado fuera del original).

Lo anterior no sólo vulneró flagrantemente mi derecho adquirido a ocupar la vacante tantas veces mencionada y mi derecho a la igualdad con aquellos que

fueron ascendidos como consecuencia de la convocatoria No. 08, **sino que contraría ostensiblemente la aplicación del principio de favorabilidad normativa en materia de interpretación de normas que versen o afecten DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Finalmente, como se puede evidenciar en la respuesta del 17 de julio de 2024 proferida como consecuencia de una acción de tutela por vulneración al derecho de petición del 30 de mayo de los corrientes, se me indicó claramente que existen dos casillas vacantes para el cargo de Ingeniero de Operación y Mantenimiento II pero que, ignorando mi derecho adquirido en el marco de lo normado por la Resolución GG No. 100004302020 del 05 de octubre del 2020, existe a la fecha una solicitud de la Gerencia Unidad Estratégica de Negocio de Energía para que se realice un nuevo proceso de concurso con la finalidad de ocupar las casillas para Ingeniero de Operación y Mantenimiento II, ello en virtud de lo adoptado mediante Resolución GG No. 1000053 de 2021, sumado a que existe otra solicitud del 18 de junio de 2024 de la Subgerencia de Distribución de la GUENE, donde se "solicita iniciar los procesos de contratación de los cargos críticos, encontrándose entre ellos el Ingeniero de Operación y mantenimiento II" lo que evidencia que EMCALI o bien pretende dilatar mi situación hasta pasado el 07 de agosto de 2024 fecha en que vence mi puntaje, o bien pretende convocar un nuevo concurso omitiendo la vigencia que aún le asiste a mi puntaje para la convocatoria No.08.

Lo anterior, su señoría, ejemplifica el por qué resulta indispensable despachar favorablemente mi solicitud de medida provisional.

Procedencia de la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales vulnerados de funcionarios para participar de concursos de méritos.

Frente a la procedencia de la acción de tutela, como el mecanismo idóneo para amparar los derechos fundamentales de los funcionarios que participan de concursos de méritos, se tiene que al ser de carácter residual y subsidiario, resulta ser el medio idóneo de defensa para evitar un perjuicio irremediable al tener que las vías ordinarias, jurisdiccionales o administrativas, por la tardanza en su definición no protegería de fondo las necesidades que se persiguen con la presente acción.

Así mismo, lo ha considerado la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-059 de 2019, la cual refirió:

“Particularmente, 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 periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (...)"

El participar en un Concurso de Méritos de cualquier naturaleza, implica no sólo un esfuerzo por parte del aspirante, sino a su vez, su deseo y aspiración de superación a ejercer o proveer un cargo dentro de la función pública, la cual va ligada a la dedicación en estudios y preparación para dicho cargo disponible. Así pues que, el formar inicialmente parte de esa lista de admitidos, le garantiza al funcionario su posibilidad de ascenso, y la certeza de que en el momento en que se surta por completo el concurso, se definirá a través de este, si es o no apto para ocupar el cargo en provisión, o mínimamente formar parte de la lista de elegibles, por ende, pretender que el esmero, diligencia y mérito obtenido sólo se vea garantizado al finalizar un litigio contencioso administrativo, resulta en contravía del deber ser.

En Sentencia T-133 de 2016, señaló:

“12.- A pesar de que, como se vio, el actor cuenta con un mecanismo ordinario para obtener la modificación o revocatoria del acto administrativo denunciado, se tendrá por cumplido el presupuesto de subsidiariedad en el presente caso, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, según la cual la tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.”

De la vulneración al derecho fundamental al debido proceso.

Frente al derecho fundamental al debido proceso, la Corte Constitucional en sentencia 1051 de 2006 estableció que:

“La entidad que al momento de tomar una decisión administrativa, aplique una norma determinada de manera inadecuada, o de forma negativa, cuando no advierte la importancia de una prueba que sustancialmente cambiaría el sentido de la decisión, está vulnerando el derecho fundamental al debido proceso del accionante y constituye una vía de hecho administrativa al imposibilitar el ejercicio de los recursos y controvertir las decisiones de la administración.”

Por otro lado, el Consejo de Estado, en fallo 304 de 2013 sostuvo que,

“El Consejo de Estado ha manifestado con relación al debido proceso que el derecho constitucional fundamental consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, comporta el sometimiento al principio de legalidad en todo el trámite judicial o administrativo, es decir, la actuación de las autoridades debe ceñirse al procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico y su desconocimiento conlleva su transgresión.”

De igual manera, lo ha explicado la Corte en sentencia C-034 de 2014:

“(...) el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”.

Así pues, resulta claro que EMCALI, como entidad de la administración, y regida bajo la mirada del derecho administrativo, debe ceñirse a los postulados desglosados por esta rama para la correcta aplicación y sanción de sus actos administrativos.

De la vulneración al acceso a la carrera administrativa por meritocracia.

Cabe hacer énfasis en el contenido de la respuesta del 17 de julio de 2024 donde se indica que existe otra solicitud del 18 de junio de 2024 de la Subgerencia de Distribución de la GUENE, donde se "solicita iniciar los procesos de contratación de los cargos críticos, encontrándose entre ellos el Ingeniero de Operación y mantenimiento II" lo que evidencia que EMCALI pretende pasar por alto los resultados vigentes de la convocatoria No.08 y, por el contrario, espera buscar por otros medios ocupar el cargo de Ingeniero de Operación y mantenimiento II, evidenciándose de manera diáfana la vulneración al acceso a la carrera administrativa por meritocracia.

El principio constitucional del mérito en el acceso a empleos públicos.

En sentencia T-340 de 2020, la Corte Constitucional ha indicado:

“La constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que, con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. Concretamente, 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.”

Tal como se aprecia, la Administración tiene la carga jurídica de obrar dentro del marco de la legalidad, esto es, en el caso concreto nombrarme en el cargo vacante, so pena de causar un perjuicio irremediable a mis derechos fundamentales aquí invocados.

MEDIOS DE PRUEBA

1. Derecho de petición del 18 de diciembre de 2023 y la respuesta 21 de diciembre de 2023.
2. Derecho de petición del 02 de enero de 2024 y la respuesta del 08 de febrero de 2024.
3. Derecho de petición del 30 de mayo de 2024 y la respuesta del 17 de julio de 2024.
4. Resolución GG No. 100004302020 del 05 de octubre del 2020
5. Convocatoria No. 08
6. Resultados Convocatoria No. 08

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad de juramento que el suscrito no ha presentado ACCIÓN DE TUTELA por los mismos hechos.

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en el correo electrónico arnulfomunoz2009@gmail.com

Atentamente,

Jesús Arnulfo Muñoz Millán

Cédula de ciudadanía No. 16.696.568