



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO DIECIOCHO LABORAL
DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, veintiuno de abril de dos mil veintidós

PROCESO	Acción de tutela
ACCIONANTE	Miguel Martínez Flórez
ACCIONADO	Alcaldía Distrital de Barranquilla y Comisión Nacional Del Servicio Civil –CNSC-
VINCULADO	María Del Pilar Casañas López
RADICADO	05001 31 05 018 2022 00016 00
INSTANCIA	Primera
PROVIDENCIA	Sentencia 54 de 2022
DERECHOS INVOCADOS	Igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a la carrera administrativa por mérito.
DECISIÓN	No tutela

Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991 procede el Despacho a definir la viabilidad de la Acción de Tutela de la referencia.

ELEMENTOS FÁCTICOS

Manifiesta el accionante que por cumplir con los requisitos necesarios y exigidos por Ley aplicó al proceso de selección Nro. 758 de 2018-convocatoria territorial norte para la provisión de 484 vacantes del sistema general de carrera administrativa de la planta personal de la Alcaldía de Barranquilla, específicamente al empleo denominado “Técnico operativo” OPEC 76746. Una vez surtidas las diferentes etapas del proceso de selección obtuvo un puntaje de 74.17 quedando dentro del banco Nacional de listas de elegibles en segunda posición de conformidad con la Resolución Nro. 20202210076995 del 28 de julio de 2020, lista que se encuentra vigente por el periodo de 2 años a partir de su firmeza, esto es, hasta el 18 de agosto de 2022.

Una vez en firme la Resolución citada, se nombró en periodo de prueba a la primera opción en lista, a Maricella Ester Pérez Martínez, quien tomo posesión el 13 de octubre de 2020 dejando al accionante en primer lugar en orden de elegibilidad.

La comisión Nacional del servicio civil, en adelante CNSC, emitió criterio unificado sobre “Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019” y la circular externa Nro. 0001 de 2020, ordenando a los representantes legales y jefes de unidades de personal de las entidades del sistema general de carrera administrativa de los sistemas específicos y

especiales de creación legal cubrir en estricto orden de mérito las vacantes que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, elevó derecho de petición a la Alcaldía de Barranquilla el 25 de enero de 2021 con copia a la CNSC, solicitando una información clara y precisa sobre el número de vacantes existentes en el cargo Técnico operativo en la planta de personal de la entidad y sus equivalentes en las diferentes dependencias, certificando cuantos cargos fueron reportados a la CNSC, cuantos cargos no fueron reportados a la CNSC, cuantos cargos fueron generados con posterioridad al concurso de méritos, cuales, cuantos y a que dependencia se encuentra adscritos, y por último se solicitó nombramiento en una plaza vacante.

El 14 de febrero de 2021 la CNSC emitió respuesta en el marco de sus funciones indicando que el 02 de julio de 2020 se publicaron las respuestas a las reclamaciones presentadas por los aspirantes en ejercicio de su derecho frente a los resultados de la prueba de valoración de antecedentes, informando que se encuentra en consolidación de los resultados finales del proceso de selección los cuales serían publicados en la página de la CNSC. Por otro lado, indicó que la lista de elegibles 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", debiendo la entidad (i) solicitar apertura de la etapa OPEC en el sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO), (ii) crear el nuevo registro de vacantes y, (iii) solicitar el uso de listas de elegibles.

Por su parte, el 09 de marzo de 2021 la Alcaldía de Barranquilla emitió respuesta a la petición incoada indicando que en la planta de personal hay 124 vacantes vigentes en el cargo de Técnico operativo Código 314 grado 1, sin generarse cargos posteriores al proceso de selección ni encontrarse cargo desierto para ese OPEC. En lo que concierne a la lista de elegibles se informó que se nombró a la señora Maricella Pereza Martínez el 13 de octubre de 2020, y negó la solicitud de nombramiento en cargo equivalente conforme a las directrices emitidas por la CNSC que indican que la lista de elegibles deberá usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos integrados a la oferta pública y cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos". El Acuerdo de Convocatoria No. CNSC – 201810000006346 de octubre 16 de 2018, en los artículos Nos. 55 y 56 establece la recomposición y vigencia de las listas de elegibles dejando claro que estas se recompondrán cuando se generen situaciones de vacancia con los empleos que hagan parte de la convocatoria, no con aquellos que sean creados con posterioridad o que no haya sido incluidos dentro del proceso.

Por considerar incompleta la respuesta el accionante elevó nuevo derecho de petición el 16 de marzo de 2021 solicitando se indicara específicamente la situación de los cargos de nivel técnico operativo código 314 grado 1, detallando si a la fecha se encontraban vacantes en

provisionalidad o encargo y la diferencia entre dichas vacantes y el cargo concursado. Petición que fue resuelta mediante Oficio código QUILLA-21-116767 en donde se indicó que con relación al cargo especificado en la petición no se generaron más cargos posteriores al proceso de selección, encontrándose la entidad en proceso de planeación para abrir próximas convocatorias con las vacantes definitivas aún existentes, resaltando que “el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC 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 de los “mismos empleos” o vacantes en cargos de empleos “equivalentes”

Teniendo en cuenta las respuestas emitidas por las entidades, el accionante considera que al planearse un nuevo proceso de selección se está vulnerando el artículo 125 superior causando un detrimento patrimonial injustificado al erario público en cuanto a la fecha existe una lista de elegibles vigente que debe utilizarse para proveer los cargos que actualmente se encuentra en condición de vacancia definitiva al interior de la entidad.

Al considerar el accionante transgredido su derecho fundamental de petición por parte de la Alcaldía de Barranquilla ante la omisión de dar respuesta sobre la calidad en que se encuentran las vacantes, esto es, temporal o definitiva y en cuanto a especificar la diferencia entre el cargo concursado y las vacantes actualmente existentes y las razones que imposibilitan considerar los empleos vacantes en la categoría “mismo empleo” o cargos de “empleos equivalentes”, instauró tutela que fue de conocimiento del Juzgado 21 laboral del circuito de Medellín bajo radicado Nro. 050013105 021 2021 00446 00 que culminó en sentencia el 08 de noviembre de 2021 decidiendo tutelar el derecho fundamental de petición y ordenar a la Alcaldía de Barranquilla emitir una respuesta de fondo, clara, precisa y concreta a la petición invocada. Situación que fue confirmada por la Sala Tercera de decisión laboral del H. Tribunal Superior de Medellín.

Atendiendo a la orden emitida en la tutela referida la Alcaldía de Barranquilla emitió respuesta indicando que se ofertó 1 cargo correspondiente al empleo de técnico operativo, grado 314-01 para la cual el peticionario ocupó la posición número 2, realizándose el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar el 13 de octubre de 2020 quien superó a la fecha el periodo de prueba, sin generarse ninguna situación de vacancia definitiva, agotándose con ello la lista. Revisada la planta de personal se reportó y cerró ante la CNSC la oferta pública para la vacante referida sin existir cargo ubicado en la secretaria general del distrito-Oficina de servicios logísticos y administrativos ni empleos equivalentes conforme a los manuales de funciones y competencias laborales para los empleos. Concluyendo que no se dan las condiciones para dar aplicación a la Ley 1960 de 2019.

Sostiene el accionante que tuvo conocimiento de la acción de tutela instaurada por el señor Larryngs Cárdenas Hernández en donde la Alcaldía de Barranquilla deja en descubierto que existen 129 cargos ocupados en provisionalidad y encargo desde antes de la convocatoria y después de la haber quedado en firme la lista de elegibles, encontrando el empleo del nivel técnico operático denominado “Técnico Operativo” Código 314, Grado 1, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta Global de la Alcaldía Distrital de Barranquilla (Atlántico), ubicado en la Secretaría General del Distrito – puesto el cual se encuentra ocupado en provisionalidad por la servidora pública MARÍA DEL PILAR CASAÑAS LÓPEZ como consta en el radicado QUILLA-21-223145. Vacante que se encuentra en la misma secretaria diferente dependencia al postulado y que cumple con los requisitos exigidos por Ley para considerarse “mismo empleo” toda vez que cuenta con la misma denominación, código, grado, asignación salarial, funciones entre otros.

Por último, manifiesta que la lista de elegibles tiene una vigencia de 2 años vencidos los cuales se configura una imposibilidad jurídica para proveer con ella cargos similares que actualmente se encuentren en condición de vacancia definitiva. Situación por la cual considera existe la inminencia de consumación de un perjuicio irremediable que orbita en detrimento de sus derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la carrera administrativa por mérito y debido proceso.

SOLICITUD DE TUTELA Y DERECHOS INVOCADOS

Por lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales vulnerados y se le ordene a la accionada, Alcaldía Distrital de Barranquilla que, de manera inmediata, proceda a realizar la solicitud de autorización del uso de listas de elegibles para todas las vacantes definitivas de los empleos que cumplan con las condiciones “mismos empleos” o vacantes en cargos de “empleos equivalentes” que se encuentran actualmente existentes ante la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- para suplir las vacantes definitivas del empleo denominado “Técnico Operativo” Código 314, Grado 1, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta global de la Alcaldía Distrital de Barranquilla y en consecuencia, sea nombrado y posesionado en cargo igual o similar al concursado.

Igualmente, pretende se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC- que de manera inmediata, proceda a autorizar a la Alcaldía Distrital de Barranquilla la utilización de la lista de elegibles para todas las vacantes definitivas de los empleos con condiciones “mismo empleo” o “empleos equivalentes” que se encuentran actualmente existentes para surtir las vacantes definitivas del empleo denominado “Técnico Operativo” Código 314, Grado 1, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta global de la Alcaldía Distrital de Barranquilla en el proceso de selección N° 758 de 2018 “Convocatoria Territorial Norte”

RESPUESTA DEL ENTE ACCIONADO

Mediante providencia del 31 de marzo de 2022, la H. sala cuarta de decisión laboral del tribunal superior de Medellín, declaró la nulidad parcial de las actuaciones surtidas en forma posterior al auto por medio del cual se admitió la acción de Tutela, ordenando adicionar el auto que admite misma a efectos de integrar el contradictorio en debida forma a la señora MARÍA DEL PILAR CASAÑAS LÓPEZ, dejando incólume las pruebas recaudadas, así como la notificación y respuesta a la tutela, por parte de las accionadas y demás vinculados

Teniendo en cuenta lo anterior, y dando cumplimiento a lo ordenado por el superior, se vinculó a la presente a la señora MARÍA DEL PILAR CASAÑAS LÓPEZ mediante providencia del 06 de abril de 2022, concediéndole el término de dos (02) día para que rindiera informe respecto de los hechos que dieron lugar a la presente acción constitucional.

Previo a ello, mediante auto del 24 de febrero de 2022, se admitió la acción de tutela, ordenándose la notificación y concediéndole a las entidades accionadas el término de dos (2) días para que rindiera informe respecto a los hechos de la tutela, igualmente se resolvió INTEGRAR EL CONTRADICTORIO POR PASIVA con la totalidad de los aspirantes a la convocatoria Territorial Norte ofertada mediante Acuerdo No. 20181000006346 del 16 de octubre de 2018 No.758 de 2018, al empleo denominado "Técnico Operativo" Código 314, Grado 1, identificado dentro de la convocatoria con la OPEC 76746 de la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla. Ordenando a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- la publicación de la admisión de la presente tutela en la página web dispuesta por la entidad para la convocatoria referida informando que el ejercicio del derecho de defensa puede efectuarse al correo electrónico de despacho, esto es, j18labmed@cendoj.ramajudicial.gov.co. Asimismo, y con el fin de proteger los derechos fundamentales de las partes se ofició al Centro de Documentación Judicial -CENDOJ- con el fin de publicar la admisión de la tutela en la PÁGINA DE SOPORTE DE LA RAMA JUDICIAL.

Estando dentro del término conferido para hacerlo la entidad accionada, Alcaldía Distrital de Barranquilla, rindió informe indicando que el actor realizó cuestionamiento respecto del uso o movimientos que se han realizado en la lista de elegibles de la OPEC en la que participo. Sin embargo, la administración ha respetado los términos y procedimiento establecidos por la CNSC.

Resalta la entidad que la solicitud del actor no procede a través de la acción de tutela teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico ofrece otros mecanismos de defensa judicial que brindan a los ciudadanos un escenario apropiado para ventilar tales pretensiones como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que cuenta con la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida cautelar con el fin de atender las necesidades específicas del solicitante, indicando que en sentencia T-376 de 20016 la Sala Tercera de Revisión se refirió a las medidas cautelares en el proceso

contencioso administrativo y concluyó que la Ley 1437 de 2011 las dotó de efectividad suficiente de cara a fortalecer la protección de los derechos constitucionales.

El Decreto 2591 de 1991 en su artículo 6 establece las causales de improcedencia de la acción de tutela indicando en el numeral primero “cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial” como lo es el caso particular en el que cuenta el accionante con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz donde ventilar las pretensiones aquí planteadas, sin encontrarse una situación de extrema vulneración que haga necesaria la actuación del juez constitucional con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Por otro lado, la Ley 1960 de 2019 es posterior a la fecha de la contratación – lineamientos establecidos en la convocatoria objeto de la presente acción de tutela por lo cual no aplican las modificaciones de dicha normal al ser publicadas con posterioridad a la etapa de planeación, organización y ejecución de la convocatoria aquí referida, sin que sea posible aplicar la retroactividad de la norma teniendo en cuenta que por regla general la vigencia de las leyes se deriva a partir de su publicación, es decir, hacia el futuro, imposibilitando el cambio de lineamientos concertados y aprobados por la CNSC quien es la encargada de dar las directrices en miras a proteger el mérito. El Distrito de Barranquilla solo ejecuta lo decidido y notificado por la CNSC ya que se trata de un concurso de méritos administrada por dicha entidad y aplicada por la Universidad Libre. Las vacantes existentes ya fueron reportadas a la CNSC para la respectiva gestión, contratación y ejecución de la nueva oferta pública que va a realizar el distrito de Barranquilla.

Advierte que el hecho de haber el actor participado en la convocatoria en comento no le da derecho a ser nombrado, toda vez que no alcanzó una posición en la lista de elegibles para proveer el empleo de conformidad con el número de vacantes ofertadas. En gracia de discusión el actor debe esperar que se presente alguna novedad dentro de la lista de elegibles para eventualmente se realicen los trámites administrativos que correspondan. El nombramiento que pretende el actor está destinado a vacantes que no fueron sometidas en la oferta pública del 2018 y tampoco es un cargo nuevo que surgió en la vigencia de la convocatoria, es un cargo que por temas presupuestales no fue ofertado en el proceso 758 de 2018. Respecto a los cargos en los que se encuentran funcionarios en provisionalidad ya fueron reportados a la CNSC para la nueva convocatoria que se encuentra en etapa de publicación. El hecho de que fueran reportadas vacantes para la nueva convocatoria en febrero de 2021 no significa que en esa fecha se generó vacancia definitiva, por el contrario, para no generar traumatismo en la entidad y por temas presupuesta la CNSC decidió en el 2018 que la oferta pública se realizaría en dos etapas, por lo tanto, para aplicar la Ley 1960 de 2019 que indica el actor es requisito que la vacancia se hubiese generado posterior a la Oferta 758 de 2018. Situación que a todas luces no se cumple en el caso particular.

Concluye la entidad que si bien la lista de elegibles se publicó en 2020 la planeación y ejecución de la convocatoria para proveer los cargos se realizó con anterioridad a la expedición y vigencia de la Ley 1960 de 2019. Es decir, que la misma se efectuó con normas distintas a las que el demandante pretende su aplicación. En la convocatoria 758 de 2018 se ofertó 1 cargo correspondiente a técnico operativo código y grado 314 – 01 ubicado en la Secretaría General del Distrito – Oficina de Servicios Logísticos y Administrativos, identificado con la OPEC 76746, el cual una vez surtidas las etapas de la convocatoria se nombró en estricto orden a Maricella Esther Pérez Martínez, quien tomó posesión el 13 de octubre de 2020 y supero la fecha de periodo de prueba sin generarse ninguna situación de vacancia definitiva, agotándose la lista. Observándose que el accionante ocupó la posición Nro. 2 para una sola vacante, sin alcanzar a entrar en la respectiva lista.

Con ocasión a la nulidad parcial decretada por el H. Tribunal Superior de Medellín y la adición realizada al auto que admite la tutela, la Alcaldía de Barranquilla dio alcance a la contestación realizada con anterioridad, indicando que las funciones del cargo al que hace alusión el accionante y al cual se presentó no son iguales o equivalente como lo pretende hacer ver en el escrito de tutela, toda vez que uno va orientado hacia el apoyo de procesos de contratación, estudios de mercados, sistema de proveedores y sólo tiene una función general encaminada al apoyo en la coordinación de la contratación para mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles del Distrito, mientras que el otro cargo ubicado en la Oficina de Servicios Administrativos y Logísticos, tiene como función principal apoyar todo el proceso de inventarios, base de datos, mantenimiento y aseguramiento de los bienes muebles e inmuebles del Distrito; por lo tanto, son cargos totalmente diferentes, sin cumplir los criterios de la norma. Resalta, además, que el cargo que pretende el accionante no es un cargo nuevo que surgió en la vigencia de la convocatoria y como evidencia de eso la funcionaria MARIA DEL PILAR CASAÑAS LOPEZ está vinculada desde el 17 de julio de 2008. Cargo que fue reportado para la nueva convocatoria que se efectuará en el presente año.

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC- rindió informe indicando que la presente acción de tutela no está llamada a prosperar al considerar que la misma es improcedente por el principio de subsidiaridad, toda vez que la inconformidad del accionante radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran reglamentadas en los Acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la CNSC, entre los que se encuentra el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 actos administrativos de carácter general respecto de los cuales el accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos.

La pretensión del accionante en cuando a modificar con la presente acción de tutela la lista de elegibles con la conformación de nuevas vacantes no resulta procedente, acceder a dicha pretensión estaría aplicando la Ley 1960 de 2019 de manera retroactiva desconociendo los

artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913 que establecen que la Ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de promulgación. La convocatoria en mención inició con la expedición del acuerdo Nro. 20181000006486 del 16 de octubre de 2018 es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada Ley la cual se publicó el 27 de junio de 2019 lo que deja en descubierto que la misma solo puede ser aplicada a los procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia.

La lista de elegibles conformados con ocasión a la convocatoria en mención puede ser usada al tenor de la circular de unificación del 16 de enero de 2020 expedida por la CNSC durante su vigencia de manera retrospectiva para la conformación de nuevos cargos “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" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC”.

Así y como se ha indicado, las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 744 a 799, 805, 826 y 827. 987 y 988 -Territorial Norte, pueden ser usadas durante su vigencia para proveer “mismos empleos” que surjan con posterioridad en la planta de personal de la entidad, y no para empleos creados con posterioridad y equivalentes, como pretende el accionante, en la medida que demanda por parte de las entidades, (CNSC y los Municipios de Cundinamarca) una actuación no prevista en el marco del proceso de selección.

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad –SIMO se comprobó que en el marco del Procesos De Selección No. 758 de 2018 –Convocatoria Territorial Norte, la Alcaldía Distrital de Barranquilla (Atlántico) ofertó 1 vacante para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 76746 Denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 1. Agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. -220202210076995 del 28 de julio de 2020 se conformó Lista de Elegibles, por lo tanto, se presume que la vacante ofertada se encuentra provista con el meritorio que ocupó la primera posición. Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se corroboró que el señor Miguel Martínez Flórez, ocupó la posición 2 en la lista de elegibles, en consecuencia, no ocupó posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Por otro lado, el 01 de marzo de 2022 se hizo parte del contradictorio el señor JOHN JAIRO RODRIGUEZ RIPOLL quien manifestó ejercer el cargo de técnico operativo código 314 y grado 01 de la planta global de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, quien rindió informe argumentando la improcedencia de la acción de tutela en virtud del principio de subsidiariedad previsto en el artículo 86 inciso 3 de la Constitución Política, por cuanto el

accionante cuenta con otros medios idóneos para controvertir la inconformidad que rige del concurso, aunado a que no se demuestro la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama o la existencia de un perjuicio irremediable que habilite al juez constitucional.

Resalta que las vacantes que se encuentran disponibles actualmente y a las que hace alusión el accionante en el escrito de tutela no fueron ofertadas en la convocatoria del 2018 razón por la cual no se postuló en su momento a dicha convocatoria. El cargo que ocupa actualmente perteneciente a la planta global de la Alcaldía Distrital de Barranquilla como Técnico operativo- Código 314- Grado 1 adscrito a la Secretaria de Tránsito y Seguridad vial la cual no fue ofertada ni se encuentra en condición de vacancia definitiva y no fue creado recientemente, por lo que no es aplicable la Ley 1960 de 2020.

Finalmente, la vinculada al contradictorio, MARÍA DEL PILAR CASAÑAS LÓPEZ, rindió informe indicando que desde el 17 de julio de 2008 y hasta la fecha se encuentra laborando en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01 el cual desempeña el cargo de Técnico Operativo asignada al Despacho del Alcalde en la SECRETARIA GENERAL DEL DISTRITO Y ASIGNADA AL DESPACHO. Aclara que para la convocatoria 758 de 2018 se ofertó un cargo correspondiente al empleo de Técnico Operativo, código y grado 314 –01 ubicado en la Secretaría General del Distrito –Oficina de Servicios Logísticos y Administrativos, identificado con la OPEC 76746, el cual una vez surtidas las etapas de la convocatoria se nombre en estricto orden conforme la Resolución No. 7699 de 2020, situación que agotó la lista.

Asimismo, deja por sentado que en el caso particular no se cumple con los criterios de aplicación de la norma que pretende el accionante, esto en cuanto no se ha generado una vacante definitiva en mismo empleo de Técnico Operativo, código y grado 314 –01 ubicado en la SECRETARIA GENERAL DEL DISTRITO -OFICINA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y LOGÍSTICOS, toda vez que es un cargo que por temas de presupuesto no fue ofertada en el proceso 758 de 2018, como evidencia de esto es la fecha de vinculación, 17 de julio de 2008. Tampoco cumple con ser un empleo equivalente, toda vez que las funciones del cargo no son iguales, nótese como uno va encaminado al apoyo de procesos de contratación, estudios de mercados, sistema de proveedores y sólo tiene una función general encaminada al apoyo en la coordinación de la contratación para mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles del Distrito, mientras que el cargo ubicado en la Oficina de Servicios Administrativos y Logísticos tiene como función principal apoyar el proceso de inventarios, base de datos, mantenimiento y aseguramiento de los bienes muebles e inmuebles del Distrito; por lo tanto, son cargos totalmente diferentes. Por lo anterior solicita negar la tutela solicitada, garantizando el derecho al trabajo e igualdad con respecto a ella, al ser un puesto que no fue ofertado en el concurso para el cual participo el accionante.

TRÁMITE DE LA TUTELA

Mediante providencia del 31 de marzo de 2022, la H. sala cuarta de decisión laboral del tribunal superior de Medellín, declaró la nulidad parcial de las actuaciones surtidas en forma posterior al auto por medio del cual se admitió la acción de Tutela, ordenando adicionar el auto que admite la tutela a efectos de integrar el contradictorio en debida forma a la señora MARÍA DEL PILAR CASAÑAS LÓPEZ, dejando incólume las pruebas recaudadas, así como la notificación y respuesta a la tutela, por parte de las accionadas y demás vinculados

Teniendo en cuenta lo anterior, y dando cumplimiento a lo ordenado por el superior, se vinculó a la presente a la señora MARÍA DEL PILAR CASAÑAS LÓPEZ mediante auto del 06 de abril de 2022, concediéndole el término de dos (02) días para que rindiera informe respecto de los hechos que dieron lugar a la presente acción constitucional.

Una vez adelantado el trámite correspondiente, se observa que resulta procedente proferir la decisión de fondo, toda vez que no se encuentra la existencia de irregularidad alguna que pueda invalidar lo actuado y este Despacho es competente para conocer de la acción de tutela impetrada, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMA JURÍDICO

El conflicto jurídico se centra en determinar inicialmente si resulta procedente la tutela para controvertir actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y en caso afirmativo, verificar si como lo asegura el accionante se ha vulnerado su derecho fundamental de Igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a la carrera administrativa por mérito ante la negativa de la entidad accionada de hacer uso de la lista de elegibles al tenor de la Ley 1960 de 2020 para proveer el cargo definitivo con la condición de “mismos empleos” o “empleos equivalentes” que se encuentran actualmente existentes e identificado con el Código OPEC 76746 Denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 1.

Encontrándose en este asunto que resulta procedente la tutela pretendida al no encontrarse cumplida la condición de eficacia de los medios ordinarios dispuestos para la materia. Por otro lado, no se encuentra vulneración a los derechos fundamentales del accionante en cuanto la retrospectividad de la Ley 1960 de 2020 que indica que la lista de elegibles se utilizarán para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la convocatoria, sin que se haya demostrado en el trámite de tutela la generación con posterioridad al concurso de méritos de una nueva vacante para proveer un cargo igual o equivalente, por lo que no se accederá a la tutela pretendida; tal como pasa a explicarse:

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, señalan que procede la acción de tutela para reclamar la protección inmediata a derechos fundamentales ante la vulneración o amenaza de la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares que cumplan función pública. Un aparte de la norma es el siguiente:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces..., la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

(...)

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De acuerdo a la disposición antes citada, debe indicarse que la tutela es procedente ante cualquier entidad pública de cualquier nivel o de un particular en los casos señalados jurisprudencialmente, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales que se consideren amenazados o vulnerados por ellas.

Inicialmente debe traerse a colación el concepto de subsidiariedad de la acción de tutela, indicándose que de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, esta acción se instituyó a favor de toda persona, cuando uno o varios de sus derechos fundamentales han sido quebrantados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular. Ello quiere decir que resulta indispensable la existencia de un perjuicio o amenaza inminente de que se cause el daño, en relación con un derecho fundamental para que la acción de tutela tenga cabida y prosperidad.

De esa forma se ha explicado por la H. Corte Constitucional, en los siguientes términos:

El procedimiento preferente y sumario de que se trata pierde su razón de ser cuando los fines perseguidos por el accionante son diversos del enunciado objeto. De allí que no resulte admisible si los derechos en juego no son fundamentales, o si se busca remediar situaciones o dirimir controversias respecto de las cuales el sistema jurídico tiene establecidas normas, acciones y procedimientos ordinarios, pues la tutela es una institución que se integra a las existentes dentro de una concepción sistemática del ordenamiento jurídico y, por ende, no se la puede concebir como fórmula de indiscriminada aplicación ni como sustituto de los procesos que normalmente se tramitan ante jueces y tribunales¹

¹CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 550 DE 1994

En ese sentido debe indicarse que la acción de tutela constituye en sí misma un mecanismo y garantía que la constitución le otorga a toda persona para acudir ante un juez en defensa de sus derechos fundamentales, siendo un instrumento autónomo, subsidiario y de aplicación inmediata para la protección de éstos, cuando quiera que sean violados o amenazados por una autoridad pública, o por personas privadas en algunos casos específicos previstos por el legislador, cuando el afectado se halla en estado de indefensión frente al trasgresor, por conductas activas u omisivas, con las que se viola o pone en peligro de vulneración aquellos derechos fundamentales. Pero se requiere que no exista otro medio defensivo; o que, existiendo, no sea eficaz para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable; pues, en este caso procede la tutela como mecanismo transitorio.

Además de lo anterior, pese a la informalidad en la acción de tutela la parte accionante debe cumplir con el deber de aportar los elementos pertinentes e idóneos, para que el juez constitucional, llegue al convencimiento de la alegada vulneración del derecho y la materialización de un posible perjuicio irremediable, tal como lo señala la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-196 de 2010, de la cual se transcribe un aparte:

Enfáticamente que no basta con afirmar que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable, es necesario, además, que el afectado explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión.

Así, Como lo que ha establecido la Corte Constitucional en desarrollo del inc. 3° del art. 86 superior, hay lugar a la procedencia de la acción de tutela cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa, salvo que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así, por ejemplo, en la sentencia T-588 de 2007, sostuvo:

La subsidiariedad, surge como requisito básico de procedencia de la acción de tutela, en tanto ésta se instituyó como un mecanismo judicial, excepcional, cuyo empleo es residual, es decir, es menester que las personas recurran inicialmente a los medios ordinarios de defensa cuando estos sean oportunos y eficaces, de tal suerte que les asegure una adecuada protección de sus derechos, excluyendo la acción de tutela como primera opción en tanto esta resultaría improcedente.

De tal forma la acción constitucional referida, solo procede cuando no exista algún medio judicial o administrativo que pueda revertir la decisión que presuntamente afecta el derecho fundamental, o cuando éstos resulten ineficaces para proteger el derecho vulnerado, o se utilice la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en cuyo caso surgiría esta acción como mecanismo alternativo de protección hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo sobre el asunto.

Obviar lo anterior, sería convertir la tutela en una instancia en la cual debatir un derecho o en una alternativa a la cual sacar provecho cuando no se interponen las demás acciones o para revivir pleitos ya perdidos, entrando a sustituir la acción constitucional las demás acciones o recursos legales existentes pues como se ha explicado por la alta corporación constitucional:

la integridad de la función estatal de administrar justicia resultaría gravemente comprometida si se permitiera que un mecanismo especial y extraordinario como la acción de tutela, dirigido exclusivamente a la protección de los derechos fundamentales, pudiera suplir los instrumentos y recursos ordinarios que el ordenamiento pone a disposición de aquellas personas que persiguen la definición de alguna situación jurídica mediante un proceso judicial.²

Si bien la acción de tutela no es un medio alternativo ni complementario de las decisiones de otras autoridades, puede proceder cuando se encuentra plenamente acreditado que la parte actora no pudo utilizar las otras acciones de defensa por encontrarse en alguna situación que, desde el punto de vista fáctico o jurídico, se lo impedía por completo y, en cuyo caso, la aplicación de la regla señalada le causaría un daño de mayor entidad constitucional que el que se derivaría del desconocimiento del criterio general enunciado.

Por lo tanto y teniendo en cuenta la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y en la necesidad impuesta por la Constitución Política, de dar efectividad a los derechos fundamentales (arts. 2, 5 y 86 C.P.), el juez constitucional debe determinar en cada caso en concreto la eficacia del medio judicial o administrativo que formalmente se muestra como alternativo, para establecer si en realidad, consideradas las circunstancias del solicitante, se está ante un instrumento que sirva a la finalidad específica de garantizar materialmente y con prontitud el pleno disfrute de los derechos conculcados o sujetos a amenaza³.

Por su parte, el mérito es un principio fundamental del Estado colombiano y del actual modelo democrático, tiene como finalidad la de proscribir las practicas clientelistas constituyendo una regla para la escogencia de los mejores candidatos que garantice un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público. Los concursos públicos de méritos son un proceso de contratación pública a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- quien es el responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con la misión orientada a posicionar el mérito y la igualdad en el ingreso y desarrollo del mismo, velando por la correcta aplicación de los instrumentos normativos y técnicos que posibilitan el adecuado funcionamiento del sistema de carrera.

En cuanto a las controversias que se puedan originar por el concurso de méritos ha indicado la H. Corte Constitucional en reiteradas ocasiones que resulta por regla general improcedente la acción de tutela en tanto existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, restringiendo el conocimiento del juez

²CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 083 de 1998

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-086 de 1999

constitucional solo cuando esté advierta que su intervención es urgente para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Así lo ha expresado la Alta Corporación entre otras en Sentencia T 059 de febrero de 2019 M.P Alejandro Linares Cantillo:

Las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. (...)

La Alta Corporación ha sido constante en afirmar que los medios de defensa existentes en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces para resolver el problema jurídico planteado, sometiendo al ciudadano a eventualidades 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.”⁴ En ese sentido, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos.

En el marco específico de la medida cautelar ha manifestado la H. Corte Constitucional que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela puede ser satisfecha con la solicitud de medida cautelar, “lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.”⁵ Advirtiendo que la suspensión por vía de tutela de los actos que causen la vulneración de los derechos no son de carácter definitivo, toda vez que la acción constitucional configura una herramienta transitoria y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio.

En ese orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos proferidos en desarrollo de un concurso de méritos, debiendo el juez examinar la eficacia en concreto del medio de defensa ordinario y la viabilidad sumaria de las medidas cautelares en cuento a la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales.

⁴ Sentencia T 340 de agosto de 2020. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁵ *Ibíd*em

El Decreto 1227 de 2005, regula parcialmente la Ley 909 de 2004. El artículo 7, modificado por el Decreto 1894 de 2012, que establece el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. El numeral primero es del siguiente tenor:

Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

En vigencia de la precitada norma la H. Corte Constitucional se pronunció en reiteradas ocasiones sobre el problema jurídico sometido a la posibilidad de que una lista de elegibles fuera usada para proveer cargos de vacantes definitivas que no fueron convocadas inicialmente en el concurso, disponiendo entre otras en Sentencia SU-913 de 2009 que: "(...) la consolidación del derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer", razón por la cual, las listas de elegibles, una vez publicadas y en firme, son inmodificables." y en Sentencia SU 446 de 2011 señaló que: "En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión". (subraya fuera de texto)

Postura que concluye que el uso de registro o listas de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante la vigencia y cuando se trate de plazas ofertadas en el respectivo concurso.

El 27 de junio de 2019 el Congreso de la Republica expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteró entre otras la figura del concurso de méritos haciendo dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero consistió en la creación de los concursos de ascenso que permite la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad. El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 estableciendo que las listas de elegibles vigentes se cubrirán no solo con las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también para aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

La modificación comporta una variación sustancial en la utilización de las listas de elegibles, al respecto la H. Corte Constitucional se pronunció en cuanto a su aplicación en Sentencia T 340 de agosto de 2020. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez, así:

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia

(...)

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”. 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 (subraya fuera de texto)

Respecto a la aplicación de la Ley en mención para el uso de listas de elegibles expedidas con anterioridad al 7 de junio de 2019 la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC- expidió un criterio unificado el 1 de agosto de 2019 en el cual dispone de manera enfática que dicha modificación únicamente sería aplicable para los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia, sin embargo, el 20 de enero de 2020 la misma comisión dejó sin efecto el primer criterio e indicó que “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". Posteriormente, el 22 de septiembre de 2020, la CNSC amplió su criterio incluyendo el uso de las listas de elegibles para empleos equivalentes.

Finalmente, se concluye que hay lugar a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, por lo que el precedente de la Corte que limitaba con base en la normatividad vigente en ese momento el uso de las listas de elegibles ya no se encuentra vigente atendiendo al cambio normativo producido. Las listas de elegibles obtenidas en procesos de selección iniciados antes de la vigencia de la Ley 1960 de 2019, podrán ser usadas para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad al proceso de selección con las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedan el número de vacantes ofertadas, en los "mismos empleos" o en sus "equivalentes", de acuerdo con la definición de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En esta acción de tutela se solicita la protección de los derechos fundamentales de Igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a la carrera administrativa por mérito, los cuales considera vulnerados el accionante por las entidades accionadas ante la negativa de hacer uso de la lista de elegibles actualmente vigente y nombrarlo en “mismo empleo” o “equivalente” que se encuentre actualmente vacante para el cargo Código OPEC 76746 Denominado Técnico Operativo, Código 314, Grado 1.

Por su parte la entidad accionada, Alcaldía Distrital de Barranquilla, rindió informe indicando que la solicitud del actor no proceso a través de la acción de tutela teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico ofrece otros mecanismos de defensa judicial que brindan a los ciudadanos un escenario apropiado para ventilar tales pretensiones como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que cuenta con la posibilidad de adoptar cualquier tipo de medida cautelar con el fin de atender las necesidades específicas del solicitante.

Pone de presente que el nombramiento que pretende el actor está destinado a vacantes que no fueron sometidas en la oferta pública del 2018, tampoco es un cargo nuevo que surgió en la vigencia de la convocatoria. Es un cargo que por temas presupuestales no fue ofertado en el proceso Nro. 758 de 2018. El hecho de que fueran reportadas vacantes para la nueva convocatoria en febrero de 2021 no significa que en esa fecha se generó vacancia definitiva, por el contrario para no generar traumatismo en la entidad y por temas presupuestales la CNSC decidió en el 2018 que la oferta pública se realizaría en dos etapas, por lo tanto, para aplicar la Ley 1960 de 2019 que indica el actor es requisito que la vacancia se hubiese generado posterior a la Oferta 758 de 2018, situación que no sucede en el caso particular.

Entre tanto, la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC- rindió informe indicando que la presente acción de tutela no está llamada a prosperar al considerar que la misma es improcedente por el principio de subsidiaridad, toda vez que la inconformidad del accionante radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran reglamentadas en los Acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la CNSC, entre los que se encuentra el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 actos administrativos de carácter general respecto de los cuales el accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos.

Manifiesta que, en concordancia con la circular de unificación del 16 de enero de 2020 expedida por la CNSC, las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria No. 744 a 799, 805, 826 y 827. 987 y 988 -Territorial Norte, pueden ser usadas durante su vigencia para proveer “mismos empleos” que surjan con posterioridad en la planta de personal de la

entidad, siendo este el requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado en el empleo para el que concurso y demostró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección.

De otro lado, el 01 de marzo de 2022 se hizo parte a la presente por pasiva el señor JOHN JAIRO RODRIGUEZ RIPOLL quien manifestó ejercer el cargo de técnico operativo código 314 y grado 01 de la planta global de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, quien indicó que las vacantes que se encuentran disponibles no fueron ofertadas, razón por la cual no se postuló en su momento a la convocatoria y el cargo que ocupa actualmente perteneciente a la planta global de la Alcaldía Distrital de Barranquilla la cual reitera, no fue ofertada ni se encuentra en condición de vacancia definitiva y no fue creado recientemente, por lo que no es procedente aplicar la Ley 1960 de 2020.

Finalmente, la vinculada al contradictorio, MARÍA DEL PILAR CASAÑAS LÓPEZ, rindió informe indicando que en el caso particular no se cumple con los criterios de aplicación de la norma, esto en cuanto no se ha generado una vacante definitiva en mismo empleo de Técnico Operativo, código y grado 314 –01 ubicado en la SECRETARIA GENERAL DEL DISTRITO -OFICINA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y LOGÍSTICOS, toda vez que es un cargo que por temas de presupuesto no fue ofertada en el proceso 758 de 2018, como evidencia de esto es la fecha de vinculación al mismo, 17 de julio de 2008. Tampoco cumple con ser un empleo equivalente, toda vez que las funciones del cargo no son iguales, nótese como uno va encaminado al apoyo de procesos de contratación, estudios de mercados, sistema de proveedores y sólo tiene una función general encaminada al apoyo en la coordinación de la contratación para mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles del Distrito, mientras que el cargo ubicado en la Oficina de Servicios Administrativos y Logísticos tiene como función principal apoyar el proceso de inventarios, base de datos, mantenimiento y aseguramiento de los bienes muebles e inmuebles del Distrito; por lo tanto, son cargos totalmente diferentes.

Inicialmente debe el Despacho determinar si resulta procedente la tutela para controvertir actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, para cuya discusión existe otra vía y no la constitucional pudiendo ejercer el accionante la defensa de los derechos invocados ante el juez de lo contencioso-administrativo. Debiéndose concluir que es procedente la acción de tutela para la protección de los derechos al trabajo y el acceso a cargos públicos, más allá de la discusión de encontrarse una causal de perjuicio irremediable el despacho examinará la eficacia del medio judicial con el que cuenta el accionante y la viabilidad de la medida cautelar para el caso concreto ante el juez natural.

Sea lo primero indicar que tal y como se vio en precedencia la H. Corte Constitucional ha indicado que no siempre los medios de defensa ante la jurisdicción ordinaria son eficientes y lograrían una efectiva protección de los derechos invocados por la parte pasiva, así, se trae

a colación los argumentos planteados por la Alta Corporación en Sentencia T 340 de 2020 en donde en un caso similar planteo que “(...) la controversia implica verificar el “(...) principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales””. Concluyendo que los medios ante lo Contencioso administrativo no resulta eficaz en tanto la lista de elegibles cuenta con un periodo de vigencia limitado a 2 años y en caso de decretar la improcedencia de la tutela el accionante prácticamente no tendría mecanismo alguno para reclamar su acceso a la función pública por razones meramente formales, aunado a que al momento de emitir una sentencia el juez ordinario la lista de elegibles seguramente no se encontraría vigente y, por ende, el accionante no podría reclamar el cargo que pretende siendo la única solución una compensación económica, desconociendo a todas luces la verificación del mérito como principio fundante del Estado colombiano.

En igual sentido, considera esta judicatura que las medidas cautelares que se encuentran previstas en el ordenamiento jurídico ante el juez natural no se enmarcan dentro del escenario de efectividad para el caso particular al no cumplir los elementos facticos con ninguno de los requisitos exigidos para la suspensión de un acto administrativo, toda vez que no se evidencia la existencia de una oposición normativa que sea indiscutible, por el contrario, se advierte un tránsito legislativo. Debiéndose advertir la falta de eficacia e idoneidad de las vías contenciosas administrativas para dar respuesta a la controversia planteada, situación que habilita al juez constitucional a conocer sobre el asunto.

Ahora, ha de indicarse que tal como se señaló en precedencia las listas de elegibles puede ser usada al tenor de la circular de unificación expedida por la CNSC en enero de 2020 durante su vigencia de manera retrospectiva para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" o "equivalentes", situación que no se cumple en el asunto que ocupa la atención del despacho, pues si bien en cierto que el accionante señaló que en la actualidad hay cargos ofertados con las mismas características del concursado, también es cierto que los mismos no fueron creados o quedaron vacantes con posterioridad a la convocatoria.

El accionante expone como caso ejemplo y particular para demostrar a esta judicatura la existencia de vacantes que cumple las características de "mismo empleo" o "equivalente" el ocupado en provisionalidad por la Señora MARÍA DEL PILAR CASAÑAS LÓPEZ, sin embargo, es de resaltar que tal y como se evidencia en el pantallazo aportado con el escrito de la tutela y el certificado aportado tanto por la señora Casañas López y Alcaldía de Barranquilla, el puesto se encuentra vacante por la vinculada al contradictorio desde el 17 de julio de 2008, con anterioridad a la convocatoria, vacante que tal y como se expresó por las accionadas ya fueron reportadas y ofertadas para la nueva convocatoria que se encuentra en

etapa de publicación, tal y como se evidencia en pantallazo aportado a reglón seguido del mencionado (ítem 03 del expediente digital fl. 19).

Resulta importante hacer alusión igualmente al cargo ocupado por señor Jhon Jairo Rodríguez Ripoll, quien se integró al contradictorio por pasiva e indicó que el puesto que actualmente ocupa cumple con las especificaciones reclamadas por el accionante en cuanto a equivalente o "mismo empleo", sin embargo, se encuentra vacante desde antes de la convocatoria de 2018 y al no ser ofertada mediante Acuerdo No. 20181000006346 del 16 de octubre de 2018 no se postuló ni participó en el mismo.

Es de recordar que 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. 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 o en aplicación a la Ley 1960 de 2019 y la circular de unificación expedida por la CNSC en enero de 2020 para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" o "equivalentes", debiéndose resaltar que es claro el acuerdo en indicar que será procedente en los casos que se generen vacantes con Posterioridad, sin dar paso a la aplicación de la Ley con las vacantes generadas y existentes con anterioridad a la convocatoria y que por temas logísticos y de presupuestos no fueron ofertados en convocatorias anteriores, como resulta en el caso específico.

Aunado a lo anterior, considera esta judicatura que saltarse el proceso por vía de tutela y ordenar el uso de la lista para las vacantes que se encuentran con anterioridad a la convocatoria y que no fueron ofertadas, estaría en contra vía del derecho a la igualdad que se pregona en la presente acción constitucional en relación con las demás personas que se encuentran esperando su oferta y actualmente adelantando la inscripción a la convocatoria que se adelanta para proveer dichos puestos, toda vez que así como el vinculado por pasiva en su momento y ante la falta de oferta de dichos puestos no se postularon a la convocatoria esperando el momento de su oferta, negándoseles el derecho a concursar por dicha vacante.

Corolario de lo expuesto, ha de colegirse la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales deprecados por el accionante, al ceñirse a las normas vigentes y que reglamentan la materia, por lo que se desestimaré por improcedente.

Finalmente, se ordenará notificar la decisión en la forma establecida por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, indicándose a las partes que la misma puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación y que en caso de no impugnarse la

acción, una vez el fallo alcance ejecutoria formal, se enviará lo actuado ante la H. Corte Constitucional a efectos de su eventual revisión.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, administrando Justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

FALLA

PRIMERO: DESESTIMAR la acción de tutela instaurada por el señor MIGUEL MARTÍNEZ FLÓREZ, por improcedente, al no evidenciarse vulneración por parte de las entidades accionadas, tal y como se explicó en la parte motiva de la presente decisión..

SEGUNDO: ORDENAR la notificación de este fallo en la forma establecida en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiéndole a las partes que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

En caso de no impugnarse, una vez alcance ejecutoria formal, se enviará lo actuado ante la Honorable Corte Constitucional para a su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ALBA MERY JARAMILLO MEJIA
JUEZA

IRI