



CONTANCIA SECRETARIAL: JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLIN. Se deja expresa constancia que el titular del despacho Dr. JOSE ALEJANDRO GOMEZ OROZCO, presentó incapacidad médica por los días 28, 29, y 30 de junio de 2021 y permiso concedido por el Honorable Tribunal Superior de Medellín los días 1 y 2 de julio de 2021.

**DIUMAR GIRALDO PEREZ
SUSTANCIADOR**

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD

Medellín, trece (13) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA
Sentencia N°	
Accionante	KAREN PATRICIA GALLEGO LEDESMA
Accionadas	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL ALCALDÍA DE MEDELLÍN
Radicado	05001-31-03-001- 2021-00226 -00
Secuencia	
Instancia	Primera
Decisión	No tutela derechos fundamentales

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la presente acción de tutela, recibida por este Despacho Judicial el 27 de mayo de 2021, instaurada por la señora KAREN PATRICIA GALLEGO LEDESMA, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la ALCALDÍA DE MEDELLIN.



Igualmente, procede el Despacho conforme a lo consagrado en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, el cual permite al Juez tan pronto llegue al convencimiento de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN:

Informa en el escrito de tutela la accionante, en síntesis, que se presentó a la Convocatoria 429 de 2016 para el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 2, para proveer una vacante en la ALCALDÍA DE MEDELLÍN.

Que, se conformó lista de elegibles mediante Resolución N° CNSC – 20192110074835 del 18/06/2019, en la que ocupó la posición 4°.

Que el 27 de junio de 2019, el Congreso de Colombia expidió la Ley 1960 por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y de dictan otras disposiciones, norma que paso a regir en lo pertinente a la convocatoria N° 429 de 2016-Antioquia. Por otro lado, el día 16 de enero de 2020, la sala plena de la CNSC, aprobó el criterio unificado USO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019. Dado que la nueva normatividad en materia de procesos de selección de carrera administrativa, la CNSC expidió dos circulares externas la N° 0012 y 0019 de 2020.

Que si bien de manera inicial la Alcaldía de Medellín ofertó dos vacantes del empleo Profesional Universitario, Código 219, Grado 2, perfil NUTRICION Y DIETETICA, es dable manifestar que dicha oferta se realizó durante la expedición de los acuerdos que regulan la convocatoria 429 de 2016-Antioquia. Que sin embargo, desde la expedición de dichos acuerdos hasta la fecha, han transcurrido un tiempo mayor a tres años, tiempo en el cual se pudo haber modificado la relación total de funcionarios de carrera administrativa vinculados o desvinculados de vacantes IGUALES O EQUIVALENTES en relación con la vacante a la



cual se inscribió inicialmente en la referida convocatoria. En consecuencia, la oferta inicial dentro de la OPEC 44786 u OPEC equivalentes, actualmente debe ostentar un número mayor de vacantes a las inicialmente ofertadas.

Que ha tenido conocimiento de que han surgido vacantes definitivas por declaratorias de desiertas y por pensión de personal de carrera administrativa, y que otras o las mismas vacantes iguales y/o equivalentes a las que se inscribió inicialmente en la convocatoria en comentario, se están proveyendo mediante provisionales. Que resulta una situación injusta y que van en contravía de los preceptos constitucionales que rigen los procesos de selección y el derecho fundamental de acceso a la carrera administrativa a través del mérito, habida cuenta de que existen lista de elegibles vigentes que pueden ser utilizadas para proveer dichas vacantes a participes que han estado inmersos en los procesos convocatorias y de selección.

Que por lo anterior elevó derecho de petición ante la Alcaldía de Medellín respecto del cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960, lo dispuesto por la CNSC en las circulares 012 y 019 de 2020, y se le informara las vacantes definitivas del empleo de carrera existentes en la planta global de personal de la Alcaldía de Medellín, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 2 perfil NUTRICION Y DIETETICA. Que recibió respuesta la que considera no es de fondo, ya que desconoce varios puntos.

Que teniendo en cuenta que la lista de elegibles ostentará vigencia hasta el día 4 de julio del año que avanza, radicó ante la CNSC y la Alcaldía de Medellín nuevas peticiones. Que a la fecha de incoar la presente solicitud de amparo constitucional, no ha recibido respuesta a ninguna de las peticiones por parte de las entidades.

Que el fundamento principal para acudir a la presente acción de tutela, radica en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona-Sala Única de Decisión, el 30 de junio de 2020 profirió fallo de segunda



instancia, bajo numero de radicado 54-518-31-12-002-2020-00033-01, donde tutelo los derechos fundamentales de la elegible LUZ MARY DIAZ GARCIA, quien fuere participe de la convocatoria 433 de 2016 -ICBF.

III. LAS PETICIONES:

Se pretende con esta solicitud se le tutelen los derechos fundamentales invocados (de petición, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos), ordenando a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y a la ALCALDÍA DE MEDELLIN que respondan sus peticiones y por ende, que acaten las disposiciones normativas contenidas en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Se admitió la referida acción el día 25 de junio de 2021, ordenando la notificación a las accionadas por el medio más expedito para que emitieran pronunciamiento al respecto, la notificación se surtió en debida forma mediante correo electrónico dispuesto para tal fin, como se vislumbra en el expediente digitalizado.

Las accionadas rindieron el informe que de ellas se requirió de la siguiente manera:

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL: Indica primeramente que, la presente acción carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad de la accionante radica en la normativa 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, razón por la que la tutela no es la vía dispuesta para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Indica que en el presente caso no resulta procedente el uso de listas solicitado por la accionante, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dando aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la convocatoria N° 429 de 2016-Antioquia inicio con la expedición del Acuerdo N° 20161000001356 del 12 de agosto de 2016, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto. Por ello como se indicó en el texto de la citada ley que la misma era retroactiva o retrospectiva, esta solo se puede aplicar a procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2019), si el legislador hubiese querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad. Ante lo expuesto, se tiene que las listas de exigibles derivadas de la convocatoria N° 429 de 2016-Antioquia, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los “mismos empleos”.

Así mismo, señala en el caso concreto que la Ley 909 de 2004 define empleo como “el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.” Y así mismo determina que debe contener cada empleo en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, es decir, la descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular; y el perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás



condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo.

Para efectos de identificar los conceptos tanto de “mismo empleo”, como de “empleo equivalente”, en primera instancia se definirán los elementos que hacen parte tanto de uno como de otro, para lo cual habremos de remitirnos al diccionario de la Real Academia Española donde reposan las siguientes definiciones: En virtud de lo anterior habrá de entenderse “mismos empleos”, como aquellos a los que corresponde igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC7. En este sentido, “mismo empleo” corresponde a un empleo exactamente igual en todos los componentes descritos y definidos anteriormente, es decir denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, siendo este el requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado en el empleo para el que concursó y demostró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección. Ahora bien, a efectos de hacer visible la importancia del grupo de aspirantes como elemento de valoración, un grupo de referencia puede ser entendido, por ejemplo, como el nivel del empleo, el cargo, la OPEC, el grupo empleado para la calificación de una prueba, entre otros. En este último sentido, con relación a la calificación de las pruebas, pueden ser empleados también los términos “grupo normativo” o “grupo de aspirantes”.

Ahora, específicamente sobre el empleo objeto del concurso señala que consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco la Convocatoria Nro. 429 de 2016, la Alcaldía de Medellín, ofertó dos (2) vacantes para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 44786 Denominado Profesional Especializado, Código 219, Grado 2, agotadas las fases del concurso



mediante Resolución Nro. 20192110074835 del 18 de junio de 2019 se conformó Lista de Elegibles para proveer las vacantes ofertadas, lista que estará vigente hasta el 4 de julio de 2021. Informa además que para el empleo N° 44786 ofertado por la ALCALDIA DE MEDELLIN, la CNSC profirió la Resolución N° 20192110074835 del 18 de junio de 2019 por la cual se conforma y adopta la lista de elegibles para proveer dos vacantes del mencionado empleo, y dicho acto administrativo fue publicado el 25 de junio de 2019 y en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, y adquirió firmeza 05 de julio de 2019 y vence el 04 de julio de 2019.

Adicionalmente, de conformidad con lo señalado por el Artículo 56 del Acuerdo de convocatoria, debe tenerse en cuenta LA FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES que se produce cuando vencidos los 5 días hábiles siguientes a su publicación en la página web, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 54 del presente Acuerdo, o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada. Una vez en firme las listas de elegibles, la CNSC comunicará a cada entidad, la firmeza de los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicará en la página web, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.

En ese orden de ideas se advierte que se consolidaron derechos en cabeza de terceras personas, que la lista de elegibles goza de presunción de legalidad, y que la CNSC no puede revocarla sin la autorización de los aspirantes que la integran, y las objeciones del accionante escapan al ámbito de la acción de tutela, y pasan a ser de competencia del juez de lo Contencioso Administrativo, por lo que se deduce que el accionante esta ignorando así el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Se concluye que consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se corroboró que la señora Karen Patricia Gallego Ledesma ocupó la posición



cuatro (04), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. 20192110074835 del 18 de junio de 2019, en consecuencia, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Es por esto por lo que se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

ALCALDÍA DE MEDELLÍN: Informa que, la accionante participó en el concurso abierto de méritos según Acuerdo 20161000001356 del 12 de agosto de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC - Convocatoria No. 429 de 2016 - ANTIOQUÍA” modificado por los Acuerdos Nos. 20161000001406 del 29 de septiembre de 2016, 20161000001476 del 23 de noviembre de 2016 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000000996 del 23 de mayo de 2018; para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 2, OPEC 44786, para proveer dos (2) vacantes. La accionante ocupó la posición cuarta (4) dentro de la lista de elegibles de la OPEC 44786, según la Resolución N°- 20192110074835 del 18 de junio de 2019 de la Comisión Nacional de Servicio Civil CNSC, nombrándose a quienes ocuparon las posiciones meritorias 1 y 2.

Agrega que, es importante aclarar que el empleo para el cual concursó la accionante exige un Núcleo Básico del Conocimiento- NBC en Nutrición y Dietética, si bien en la Alcaldía de Medellín pueden existir más empleos con similar NBC, esto no quiere decir que correspondan al mismo empleo o a uno equivalente, toda vez que su propósito, funciones y demás requisitos son diferentes de un empleo respecto de otro, así correspondan al mismo nivel, grado. Cabe precisar también, que de acuerdo al Decreto Ley 785 de 2005, los empleos se identifican con un código de tres dígitos, para el caso concreto, el Profesional Universitario se identifica con el código 219; el primero señala el nivel al cual pertenece el empleo y los dos restantes indican la denominación del cargo; a este se le adiciona hasta dos dígitos



más, que corresponde al grado de asignación básica, en este caso 21902, cuyo núcleo Básico del conocimiento- NBC, puede corresponder a cualquier profesión; ahora bien, el municipio de Medellín, le complementa tres (3) dígitos al anterior, y completo lo denomina “Código Interno”, para diferenciar un empleo de otro, el cual puede contener NBC, propósito, funciones, estudio y experiencia y demás requisitos distintos; como en el caso que nos ocupa, que el código interno perteneciente a la OPEC 44786 es el 21902858, ubicado en la SECRETARIA DE INLUSION SOCIAL FAMILIA Y DERECHOS HUMANOS, SUBSECRETARIA DE GRUPOS POBLACIONALES, EQUIPO DE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y NUTRICIONAL que lo diferencia de otros empleos. Ahora, de acuerdo al estudio técnico APE 206 del 15 de junio de 2021, se desprende que no existen vacantes definitivas generadas con posterioridad a la convocatoria 429 de 2016, y que correspondan a los mismos empleos con respecto a la OPEC 44786, código 201902858 en el cual concursó la accionante.

Que, acorde con el CRITERIO UNIFICADO de la CNSC del 16-01-2020, la posibilidad de uso de vacantes generadas con posterioridad a una convocatoria en empleos equivalentes aplica solamente para procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019. “El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde al proceso de selección. Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad 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”.

Para el caso de la Convocatoria 429 de 2016, que fue aprobada por el Acuerdo CNSC No. 201601000001356 del 12 de agosto de 2016, aplica



una disposición diferente: “De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC” (complementación al criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019, expedido el 06 de agosto de 2020).

Así lo ha señalado la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, respecto al uso de listas para convocatorias anteriores al 27 de junio de 2019, dentro de la cual se encuentra la Convocatoria 429 de 2016 – Antioquia “...en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos”, 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”.

Teniendo en cuenta que el Acuerdo CNSC No. 201601000001356 del 12 de agosto de 2016, “por el cual se convoca a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de algunas entidades públicas del Departamento de Antioquia, Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia”, fue aprobado con anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 del



27 de junio de 2019, no es posible aplicar las disposiciones allí contenidas en cuanto uso de Listas de Elegibles para empleos equivalentes. Se evidencia que la norma es clara, en cuanto a que el uso de listas de elegibles para convocatorias anteriores al 27 de junio de 2019, es viable para vacantes ofertadas en la convocatoria y generadas con posterioridad pero que correspondan al mismo empleo.

Frente a las solicitudes o pretensiones manifiesta que la presente acción de tutela es IMPROCEDENTE toda vez que en ningún modo se está violando derechos fundamentales de “*petición, al trabajo, a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos públicos*” por parte del Municipio de Medellín, entidad que ha actuado con total transparencia y acorde con la normatividad especial que rige la carrera administrativa, atendiendo las directrices impartidas por el ente regulador de la misma: Comisión Nacional del Servicio Civil; además de que existen otros recursos por medio de defensa judicial, tampoco se cumple con el principio de inmediatez.

V. CONSIDERACIONES:

De la competencia. El Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, establece que es competente para conocer de la acción de tutela, a prevención, el Juez o Tribunal con jurisdicción en el lugar donde ocurriese la violación o amenaza que motivan la presentación de la solicitud, teniendo en cuenta además lo reglamentado sobre la materia en el Artículo 1° inciso segundo, del Decreto 1382 de 2000, por tratarse de la parte accionada de una entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

Se cumple en este caso, el presupuesto formal de competencia, ya que la omisión informada por la solicitante, tiene lugar en este municipio, donde el juez que se pronuncia es competente por disposición y nominación legal.



NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE TUTELA: De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y los decretos que lo desarrollan, la acción de tutela procede para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Es un **mecanismo residual o subsidiario** de protección, que entra a operar a falta de otro medio de defensa judicial para el derecho afectado, a menos que se acuda a él como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Según la norma en comento, son tres los supuestos de fundabilidad de la acción:

1. Que se trate de derechos fundamentales
2. Que sobre ellos recaiga una acción u omisión que implique su vulneración o se constituye en una amenaza de transgresión y
3. La ausencia de otro instrumento judicial para su defensa

Adicionalmente, la Corte Constitucional en su ya amplia trayectoria en las decisiones de las acciones de tutela, ha dicho sobre su naturaleza y alcance, en la T-01 del 3 de Abril de 1992, lo siguiente:

“La acción de tutela no ha sido concebida para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinario, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencias de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce”.

Por ser procedente y pertinente el despacho se permite transcribir primero los apartes de la **sentencia T 038-14**, donde fuera Magistrado Ponente el Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, sobre la naturaleza y objeto de la acción de tutela, para una mayor claridad en este asunto, antes de entrar a decidir la procedencia o no de la acción de tutela en este caso:



“5. Subsidiariedad. Reiteración de Jurisprudencia.

2.5.1. La Corte ha sido enfática al reiterar que la acción de tutela opera como un mecanismo de protección constitucional subsidiario, cuando el instrumento principal no es idóneo o eficaz para la protección de un derecho fundamental, o cuando es empleada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sobre este requisito de procedibilidad la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-958 de 2012, indicó lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que si el afectado tuviera a su disposición otros mecanismos judiciales que resultaren eficaces para la protección que reclama, es su deber acudir a ellos antes de pretender el amparo por vía de tutela. Así las cosas, la subsidiariedad implica que el accionante agote previamente los medios de defensa legalmente disponibles para proteger los derechos, pues la tutela no puede desplazar los mecanismos ordinarios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico, ni tampoco servir de herramienta procesal extraordinaria y adicional de los diferentes procesos judiciales, cuando al interior de éstos, las oportunidades para interponer los recursos ya prescribieron.”

2.5.2. Adicionalmente, por mandato de la Constitución –artículo 86 CP– y de la ley –artículo 6 del Decreto 2591 de 1991–, existe el deber por parte del afectado de emplear las acciones judiciales en forma oportuna y diligente, toda vez que la acción de tutela no puede ser considerada como una tercera instancia o un medio adicional al proceso judicial ordinario, que permita controvertir los actos administrativos resueltos en contra de los intereses del accionante.”

Así mismo, ha dicho la Corte Constitucional:

*“De lo anterior se colige que la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alterno o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias. **En este sentido, esta Corporación ha dejado claro que “(..) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales.** Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo”.*

Así las cosas, la Corte Constitucional ha dado alcance a los preceptos normativos citados, fijando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela frente a los mecanismos judiciales ordinarios, de forma que esta acción constitucional sólo procederá **i)** cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **ii)** cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los



derechos fundamentales del accionante o **iii)** cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Bajo los dos primeros supuestos, se ha entendido que la acción de tutela funge como mecanismo principal y, en el segundo, desplaza al mecanismo judicial ordinario, mientras que en el tercer caso la tutela es un mecanismo transitorio que no impide el ejercicio de acciones ordinarias.

En el caso en el cual existe un medio ordinario de defensa que se pretende desplazar para dar paso a la acción de tutela como mecanismo principal, es necesario establecer que el mecanismo ordinario no es idóneo para la protección de los derechos de los accionantes y, por tanto, se requiere de una evaluación en concreto, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso para así determinar la eficacia que tendría el mecanismo ordinario para defender los derechos fundamentales que se alegan vulnerados. Además, debe evaluarse el objeto perseguido por el mecanismo judicial que se pretende desplazar con la acción de tutela y el resultado previsible que éste puede proporcionar en lo que respecta a la protección eficaz y oportuna de los derechos de los accionantes, de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se ha hecho referencia.

En cuanto a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corte ha sostenido en reiteradas ocasiones que dicho perjuicio debe ser: i) inminente (esto es, que amenaza o está por suceder pronto y tiene una alta probabilidad de ocurrir); **ii)** grave; **iii)** que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio sean urgentes; y que **iv)** la acción de tutela sea impostergable para garantizar adecuadamente los derechos vulnerados. El cumplimiento de estos requisitos también deberá verificarse a la luz de las circunstancias propias de cada caso, lo cual significa que el examen deberá ser menos rígido si se encuentran involucrados derechos fundamentales de sujetos de especial protección, por ejemplo.

Cualquiera sea la situación, se hace énfasis en que la decisión sobre la procedencia o no de la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio de protección aun existiendo otro mecanismo judicial ordinario, requiere de un estudio por parte del juez de tutela sobre las circunstancias específicas de cada caso concreto, las condiciones del accionante y el contexto en el cual se alega la vulneración de los derechos fundamentales.

En otras palabras, la procedibilidad de la acción de tutela cuando existen otras acciones jurídicas ordinarias no puede determinarse en abstracto, sino que requiere una valoración por parte del juez acerca de la idoneidad y eficacia que puede tener la vía ordinaria en relación con las circunstancias específicas del accionante, así como la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable, siempre de acuerdo con los criterios que ha establecido esta Corporación y a los que ya se ha hecho referencia”¹. (Negrillas fuera de texto).

En tal sentido, precisamente en aras de morigerar la eventual improcedencia de la acción en comento –en principio-, cuando se

¹ Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 343 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldan.



interponga, contando el accionante con otros mecanismos judiciales para proteger su derecho, y se interponga la Nulidad y Restablecimiento del Derecho y/o la Revocatoria Directa de los Actos Administrativos, en cuanto dichas acciones de índole administrativa cuentan con medidas cautelares previas a la iniciación del trámite correspondiente (léase el Artículo 229 de la Ley 1437 de 2011), tendientes a suspender, por ejemplo, la materialización de los actos de igual talante (entiéndase las medidas de carácter coactivo), la prementada acción deviene igualmente improcedente.

De otro lado, punto de mayúscula importancia lo reviste la procedencia de las acciones de tutela en contra de actos administrativos, puntualmente definitivos (y su diferencia con los actos administrativos de trámite).

Según el Consejo de Estado, siendo necesario demarcar su conceptualización, definió el acto administrativo como:

“...expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto, se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición)”².

Ahora bien, la Corte Constitucional, ya acometiendo el punto de vital relevancia para el caso concreto, ha precisado:

*“...en lo que respecta a los actos **administrativos definitivos**, que son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo de un asunto o que hacen imposible continuar con una actuación administrativa³, **la Corte ha dicho que se someten a las reglas generales de procedencia de la acción de tutela, es decir, que únicamente procede su estudio cuando el otro medio de defensa judicial ante el juez contencioso administrativo no sea idóneo ni eficaz, caso en el cual, de ser próspero el amparo, lo será como mecanismo definitivo⁴ o, cuando, a***

² Consejo de Estado Sala Cuarta de lo Contencioso Administrativo. **C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto. Rad. 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950).**

³ CPACA, art. 43.

⁴ En algunos casos en que se cuestionan actos administrativos, la Corte ha considerado que procede la acción de tutela como mecanismo definitivo, cuando el otro medio judicial no puede resolver las implicaciones



pesar de la eficacia de dicho mecanismo, la persona no puede esperar a que el juez contencioso decida de fondo el asunto, sin que ello suponga la ocurrencia de un perjuicio irremediable, hipótesis en la que la tutela será procedente como mecanismo transitorio.

En cuanto a los **actos administrativos de trámite o preparatorios**, que como su nombre lo indica –y en contraposición a los actos definitivos– son aquellos en los que no hay una expresión concreta de voluntad de la administración, sino únicamente actuaciones que preceden a la formación de una decisión⁵, esta Corporación ha determinado que, en la medida que no son susceptibles, por regla general, de recursos en la vía gubernativa⁶ ni de acciones judiciales autónomas⁷, cabe, por excepción, el ejercicio de la acción de tutela, siempre que se acrediten los siguientes requisitos:

a. En primer lugar, el acto de trámite debe ser producto de una actuación arbitraria o desproporcionada que transgrede o amenaza los derechos fundamentales de una persona.

En este sentido, se ha explicado que la finalidad de la acción de tutela en estos casos es impedir que la administración concluya una actuación con desconocimiento de las garantías mínimas constitucionales de una persona, de forma tal que el amparo se convierte en “una medida preventiva encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional (...)”⁸.

b. En segundo lugar, se requiere que el acto de trámite resuelva algún asunto que se proyecte en la decisión principal. En efecto, aunque los actos preparatorios no envuelven decisiones definitivas, si se ha advertido que dicha actuación debe tener incidencia en la construcción de la decisión final, pues de lo contrario se trataría de una simple deficiencia, que no tendría la capacidad de afectar el trámite seguido, al carecer de un efecto sustancial⁹.

c. En tercer lugar, además de los anteriores requisitos, también es necesario que la acción de tutela se presente antes de proferirse el acto definitivo, por cuanto si ya existe una

constitucionales del caso o no tiene la suficiente efectividad para proteger los derechos fundamentales involucrados, como ha ocurrido, por ejemplo, respecto de derechos pensionales. En este orden de ideas, pueden consultarse las Sentencias T-823 de 2014, M.P. Luis Guillermo Pérez y T-570 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁵ Estos actos han sido ilustrados por esta Corporación, como aquellos que “*dan impulso a la actuación preliminar de la administración, o disponen u organizan los elementos de juicio que se requieren para que ésta pueda adoptar, a través del acto principal o definitivo, la decisión sobre el fondo del asunto.*” Sentencia T- 945 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. En el mismo sentido, se encuentran las Sentencias SU-201 de 1994, T-088 de 2005 y T-105 de 2007.

⁶ El artículo 75 del CPACA dispone que: “**Artículo 75. Improcedencia.** No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.” Énfasis por fuera del texto original.

⁷ CPACA, arts. 137, 138 y 161.

⁸ Sentencia SU-201 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁹ La Corte ha insistido que esta posibilidad no puede ir al extremo de permitir que se haga un uso abusivo de la acción de tutela, por ejemplo, para impedir que la administración cumpla la obligación legal de adelantar trámites administrativos. Sobre este punto, se puede consultar la Sentencia SU-201 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



decisión de tal naturaleza, la actuación ya habrá concluido y lo que existirá es el deber de activar los medios de defensa judicial ante el juez contencioso. En este punto, cabe insistir que, como se expuso *ut supra*, la finalidad del amparo contra un acto de trámite es impedir que se culmine una actuación administrativa, en desconocimiento del orden constitucional¹⁰.

Así las cosas, cuando se interponga una Acción de Tutela en contra de actos administrativos –y examinado con suma atención–, en cuanto no sea alegado y/o menos demostrado así sea de forma sumaria (o no se advierta oficiosamente), la existencia de un perjuicio irremediable o su inminente causación, entendiéndole en cada caso en particular, se itera, requisito *sine qua non* de procedencia para la Acción de Tutela en contra de Actos Administrativos, la vía correspondiente estará demarcada por el sendero de la Acción Administrativa.

Onus probandi que en todo caso incumbe al actor, a quien le asiste la carga de probar de manera suficiente la prementada afectación, en cuanto “...Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”¹¹.

Sin embargo, cabe señalar que el Alto Corporado en mención, estableció ciertas “...situaciones muy particulares de especial indefensión [en las que] se invierte la carga de la prueba a favor del peticionario, es decir, que basta con que éste realice una afirmación, teniendo la autoridad pública accionada, o el particular en su caso, el deber de desvirtuarla (...) Así por ejemplo, en casos de personas víctimas de desplazamiento forzado (...) en materia de salud [es decir, que] tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 405 de 2018. M.P.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 131 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél¹².

ASPECTOS PARTICULARES DEL ASUNTO QUE OCUPA:

Del examen de estas diligencias se advierte que, las entidades accionadas COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y ALCALDÍA DE MEDELLÍN no han vulnerado derecho fundamental alguno a la parte a la accionante puesto que muy a pesar de que la señora KAREN PATRICIA GALLEGO LEDESMA concursó para el empleo Profesional Universitario- Código 219, Grado 02, OPEC 44786, para proveer dos vacantes en la ALCALDÍA DE MEDELLÍN, ocupó la posición cuarta dentro de la lista de elegibles de la OPEC 44217, según la Resolución N°- 20192110074835 del 18 de junio de 2019 de la Comisión Nacional de Servicio Civil CNSC; pretende que por medio de esta acción de tutela se acate las disposiciones normativas contenidas en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, tal como lo establece la sentencia T-340 de 2020 proferida por la Corte Constitucional, así como el criterio unificado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” proferido por la sala plena e la CNSC del 22 de septiembre de 2020 y el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto Ley 1083 de 2015, para con ello, ordenar a la ALCALDÍA DE MEDELLÍN informar a los elegibles que forman parte de la lista de elegibles, respecto de las vacantes identificada como EMPLEOS EQUIVALENTES para que de éstas, cada elegible en orden de mérito elija una, elección con base en la cual la Alcaldía Municipal de Medellín expedirá las correspondientes resoluciones de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelanten los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables .

Pues bien, no cabe duda para esta agencia judicial que la entidad demandada específicamente lo que concierne a la ALCALDÍA DE MEDELLÍN, aplicó la directriz pertinente e imperante para la Convocatoria

¹² Ibídem.



N° 429 de 2016, aprobada por el Acuerdo CNSC No. 201601000001356 del 12 de agosto de 2016, teniendo en cuenta que, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con **anterioridad al 27 de junio de 2019**, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”, esto es, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

Lo anterior, para indicar que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y ALCALDÍA DE MEDELLÍN actuaron bajo los parámetros legales, luego mal haría este despacho judicial a través de este mecanismo Constitucional ordenarles a las entidades involucradas que inapliquen una directriz, que precisamente, tiene su raigambre en dar seguridad y transparencia a los concursos de méritos, sólo porque para la accionante le es más favorable en su situación particular aplicar otro criterio unificado.

Finalmente, se tiene que esta acción no fue interpuesta como un mecanismo para conjurar un perjuicio irremediable, situación de la cual no se colige del plenario, pues es evidente que la parte interesada, puede comparecer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que le resuelva las controversias suscitadas en ese aspecto verbigracia la nulidad y restablecimiento del derecho y/o la revocatoria directa de los actos administrativos de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

En lo que tiene que ver con la pretensión de que se les ordenará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y a la ALCALDIA MUNICIPAL DE MEDELLIN que dieran respuesta a las peticiones elevadas por la accionante KAREN PATRICIA GALLEGO LEDESMA; se precisa que tal y



como se desprende de los mismos escritos de respuestas allegadas por las accionadas, dichas peticiones fueron respondidas y notificadas a la accionante vía correo electrónico, por lo que frente a este derecho fundamental de PETICION no se les puede endilgar a las entidades COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y ALCALDIA MUNICIPAL DE MEDELLIN vulneración de ese derecho.

Con fundamento en lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, adopta la siguiente

DECISIÓN:

1.-NEGAR LA TUTELA invocada por señora **KAREN PATRICIA GALLEGO LEDESMA**, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y la ALCALDÍA DE MEDELLÍN.

2.-DISPONER, que la decisión se notifique a las partes por el medio más expedito.

3.-ORDENAR el envío del expediente a la Honorable Corte Constitucional al día siguiente al de vencimiento del término de impugnación, para su eventual revisión, si no fuere impugnado el fallo.

NOTIFÍQUESE.

El Juez,

JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ OROZCO

Firma escaneada conforme el artículo 11 del Decreto 491 de 2020