

JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, Veintinueve (29) de Noviembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA
Accionante	Mariana Penagos Herrera C.C. No 32.205.404
Accionados	- Municipio de Medellín - Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC
Vinculada	Luz Barbarita Henao Duque
Radicado	No. 05001-31-05-024-2021-00452-00
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia No.216
Decisión	Improcedente

HECHOS Y PRETENSIONES DE LA ACCIÓN.

Mariana Penagos Herrera actuando en nombre propio, instauró acción de tutela en procura de obtener la protección a sus derechos fundamentales a la Igualdad, Debido Proceso, que considera vulnerados por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, y EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN ante a la imposibilidad de acceder a cargos públicos por concurso de Méritos, que trasgrede los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, con base en los siguientes hechos:

Manifiesta que se inscribió a la Convocatoria 429 de 2016 (Antioquia), para el empleo con la descripción del cargo: OPEC 44956; que adelantó todo el proceso y quedó en el primer puesto de la lista de elegibles.

Que el día 09 de octubre de 2019, presentó derecho de petición al Municipio de Medellín con las siguientes solicitudes:

“(…) ME PROPORCIONE el listado de cargos desiertos de líder de programa, vacantes de líder de programa y creados como líder de programa, posterioridad al inicio del concurso de méritos 429 de 2016.

2. En caso de existir un cargo equivalente, solicito ser nombrada en periodo de prueba tal y como lo dispones al Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, a proveer uno de los cargos del líder de programa en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel, ya que actualmente estoy en el primer lugar de la lista de elegibles (…)

Que el día 10 de octubre de 2019, presentó derecho de petición ante la CNSC con las siguientes solicitudes:

“(…) 1. Por los motivos antes expuestos le solicito de manera respetuosa ME PROPORCIONE el listado de cargos desiertos de líder de programa, vacantes de líder de programa y creados como líder de programa, posterioridad al inicio del concurso de méritos 429 de 2016.

2.Se proceda por parte de la Comisión Nacional de Servicio Civil a reconformar la lista de elegibles teniendo en cuenta el empleo al cual concursó toda vez que como ya sustenté me asiste el derecho y en consecuencia se le indique a la Alcaldía de Medellín que proceda con mi nombramiento en periodo de prueba”.



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Que luego de conocer un caso similar, el 21 de septiembre de 2021, decide presentar Derecho de Petición ante el Municipio de Medellín, recibiendo una respuesta negativa.

Que la Alcaldía de Medellín, en cabeza de la Subsecretaria de Despacho Nelly González Herrera respondió el Derecho de petición el 09 de octubre de 2019 con radicado 201910366096, bajo los siguientes argumentos: Que la respuesta se daba bajo la normatividad que regula la convocatoria 429 de 2016 y trae a colación el párrafo del art. 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, al art. 79 del Acuerdo No. CNSC-20161000001356 de agosto 12 de 2016, modificado por el Acuerdo No. CNSC-20161000001406 del 29 de septiembre de 2016 y No.CNSC-20161000001476 del 23 de noviembre de 2016 y copia la imagen de la respuesta, para indica que existen casos, que existen casos en los que se tuvo en cuenta la modificación del Decreto 498 de 2020, para hacer uso de la listas de elegibles, pero solo en los casos que el Municipio lo consideró.

Que las listeadas de elegible solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de la convocatoria con fundamento en el Decreto 1083 de 2015 y que la CNSC en oficio 20192110362691 el 15 de julio de 2019 precisó al Municipio de Medellín, que la entidad puede hacer uso de las listas en estricto orden de méritos con relación al número de vacantes de los empleos ofertados y siempre que ocurra una de las situaciones contempladas en los artículos 2.2.5.1.12 y 2.2.5.1.13, que corresponden a Revocatoria del nombramiento e Inhabilidad sobreviniente al acto de nombramiento o posesión, sin autorización y que las listas de elegibles tienen una vigencia de dos (2) años.

La accionante relata la respuesta al derecho de petición, haciendo énfasis en que se le informó que con posterioridad a la convocatoria 429 se crearon 7 cargos como líder del programa, con código de empleo 20606272, cargo que también fue reportado en la respuesta del 21 de septiembre de 2021 y advierte que está provisto en “encargo”, indicándole que su lista ya había perdido vigencia y en relación con las vacantes declaradas desiertas debía dirigirse a la CNSC.

Referente al segundo derecho de petición, expresa que, le indicaron que no es procedente. toda vez que para el cargo ofertado solo se disponía de una vacante y que frente a la vigencia de la Ley 1960 de 2019 sólo se aplicaría a las listas expedidas en procesos de selección que fueron aprobadas con posterioridad al 27 de junio de 2019, fecha de entrada en vigencia de la ley y que corroboran lo mencionado en la respuesta del primer derecho de petición.

Aduce que, conoce de un caso similar, de una persona que presentó derecho de petición y fue nombrado mediante Decreto No 720 del 31 de Agosto de 2021 en periodo de prueba por uso de lista en la vacante definitiva bajo el argumento “*que para proveer otras vacantes existentes en la planta del Municipio de Medellín, se realizó estudio técnico en relación con vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Universitario, incluyendo tanto plazas generadas con posterioridad a la convocatoria, así como empleos convocados en la misma, pero que fueron declarados desiertos*”;

Señala que el Decreto 1083 de 2015 al que hacen referencia, en las respuestas de los derechos de petición y en los que se basan, fue modificado por el Decreto 498 del 30 de marzo de 2020, con el objetivo de hacer uso de la lista de elegibles pero solo en los casos que el Municipio lo consideró, sin embargo, no se tuvo en cuenta fue que la accionante había solicitado previamente una solicitud para acceder a un cargo por hacer parte de la lista de elegibles, ni tampoco se tuvieron en cuenta a las personas que hacían parte de las listas.

JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Como pruebas aportó los siguientes documentos

1. Copia de Cédula de Ciudadanía
2. Copia Derecho de Petición Alcaldía de Medellín, Secretaría
3. Derecho de petición del 09 de octubre de 2019, presentado ante el Municipio de Medellín.
4. Copia Derecho de Petición 23 de septiembre de 2019 CNSC
5. Copia Derecho de Petición 21 de septiembre de 2021 Municipio de Medellín
6. Copia Derecho de Petición 09 de 2019 de octubre de 2019.
7. Respuesta del Derecho de Petición del Municipio de Medellín

ACTUACIÓN DEL DESPACHO

Por reunir los requisitos descritos en el Decreto 2591 de 1991, la acción constitucional se admitió por auto del 17 de noviembre de 2021, se ordena requerir a Comisión Nacional del Servicio Civil, y se ordena vincular a las personas que participaron en el proceso de selección 429 de 2016 que conforman la lista de elegibles en el cargo con código OPEC No. 44956, denominado líder de programa código 206 grado 6 de la Alcaldía de Medellín, decisión que fue notificada por auto del 18 y el 22 de noviembre respectivamente.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

La **Comisión Nacional del Servicio Civil**¹, inicialmente allegó respuesta al requerimiento realizado por el Juzgado, informando al despacho las personas que integran la lista de elegibles del cargo con código OPEC No. 44956, denominado líder de programa código 206 grado 6 de la Alcaldía de Medellín.

nro_opez	nombre_convocatoria	identificacion	nombre	apellido	email	telefono	direccion	municipio_res
44956	429 de 2016 - Alcaldia de Medellin - OPEC Nov 2016	43419369	LUZ BARBARIT A	HENAO DUQUE	Luz.henao@medellin.gov.co	2648522-3006740698	calle 51 #84-181	Medellin
44956	429 de 2016 - Alcaldia de Medellin - OPEC Nov 2016	32205404	MARIANA MIYE	PENAGOS HERRERA	marianapenagos@yahoo.es	3419945	cra 89 No. 27-47	Medellin

Y luego, mediante escrito recibido el 22 de Noviembre de 2021 en el correo institucional, suscrito por Jonatán Daniel Alejandro Sánchez Murcia, en representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en su condición de asesor jurídico, presentó informe y se opuso a lo pretendido por la actora por considerar que la accionante carece de legitimación en la causa por activa para actuar en la presente acción constitucional por considerar no es una persona elegible como quiera que la lista de la cual hizo parte perdió vigencia y por tanto su fuerza ejecutoria, por lo tanto la accionante no es titular de los derechos accionados

¹ CNSC



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, infiere que no es de competencia de la entidad, pues perdió competencia al quedar en firme la lista de elegibles de y la controversia planteada por la accionante versa sobre las decisiones judiciales frente a las cuales la CNSC no tiene injerencia alguna, como quiera que el órgano judicial es independiente en sus decisiones siempre que se encuentren en consonancia con la Ley y la Constitución.

Señala que la acción de tutela no cuenta con los requisitos de procedibilidad y procedencia, no solo porque carece de relevancia constitucional, no se usa como mecanismo excepcional y carece de la inmediatez requerida, ante la supuesta presencia de un perjuicio irremediable y con respecto a la inmediatez, la actora interpuso la acción de tutela solo hasta el mes de noviembre de 2021, a pesar de conocer su estado en el proceso de selección desde la publicación de la lista de elegibles, esto es, 5 de julio de 2019, perdiendo vigencia el pasado **4 de julio de 2021**, en consideración al hecho de que su situación no ha cambiado, se concluye que la presunta vulneración de los derechos fundamentales alegada por la parte accionante es no es actual.

Señala que la acción de tutela no es mecanismo cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o en el caso de existir tal se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, no demostrado en la presente acción.

En su defensa aduce que la solicitud de la accionante no resulta procedente el uso de listas solicitando por el accionante ara 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 No. 429 de 2016 - Antioquia, inició con la expedición del Acuerdo No. 20161000001356 del 12 de Agosto de 2016, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, y su aplicación retrospectiva no es posible como quiera que contraviene lo dispuesto s artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913 normas que claramente establecen que la Ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, dispone que esta "rige a partir de su publicación" situación que no se da en el caso concreto, toda vez que las etapas de la Convocatoria N° 429 de 2016-Antioquia se encuentran agotadas listas de elegibles derivadas de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de 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"

Aplicación, del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020

Frente al uso de las listas de elegibles, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, planteó dos problemas jurídicos que se suscitaron frente cual era el régimen aplicable en los siguientes escenarios:

- A las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 960 de 2019.
- A las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma Ley 960 de 2019.
- Con respecto a la lista de elegibles conformada y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

mencionada Ley 960 de 2019, señala que “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” entendiéndose, 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”.

Estado del accionante en el proceso de selección

Informa que para el empleo en mención se oferto UNA (1) vacante(s), los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba, fueron los aspirantes que ocuparon la primera posición en la precitada Lista de Elegibles. Como se evidencia, se reitera, la parte accionante ocupó la segunda posición en la lista, razón por la cual, no era procedente realizar su nombramiento, los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria a quienes, a diferencia solo les asiste una expectativa frente al posible uso de Listas de Elegibles para la provisión de dicho empleo, en caso de presentarse una causal para ello, por ende no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, toda vez que sobre el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista de elegibles acaeció la pérdida de fuerza ejecutoria, así como por cuanto durante la vigencia de la lista no se encontró solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, en consonancia con lo instituido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”.

Para finalizar solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y como medios probatorios aporta los siguientes documentos

- Resolución No. 10259 de 15 de octubre de 2020,
- Criterio Unificado del 16 de enero de 2020
- Complementación criterio unificado
- Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020
- Circular Externa 001 de 2020
- Reporte de inscripción
- Lista de elegibles
- Comunicación firmeza
- Pronunciamientos de Jueces de segunda instancia en casos similares

LUZ BARBARITA HENAO DUQUE

Mediante memorial enviado al correo institucional, el 22 de noviembre del presente año, dentro del término legal, advierte que la accionante en ningún momento cuestiona la conformación de la lista de elegibles hecha por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la Resolución N° CNSC 20192110076545, del 18 de Junio de 2019 “Por la Cual, se conforma y adopta Lista de Elegibles para proveer Una vacante del empleo de carrera identificado con código OPEC N° 44956, denominado Líder del Programa 206 Grado 6, del Sistema General de Carrera General de la Alcaldía de Medellín ofertado a través de la convocatoria N° 429 de 2016-Antioquia” así como tampoco el Decreto Municipal N° 1142 de 2019 del 12 de julio “Por medio del cual se realiza un nombramiento en periodo de prueba en ascenso, se terminan unos encargos y una provisionalidad.



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Siendo ella la persona que ocupó el primer lugar, y la que fue nombrada y actualmente ocupa dicho cargo, no se ve afectada por la pretensión de la accionante y los resultados de dicha acción no afectarían sus intereses o su situación laboral, solicita la desvinculación de la presente acción de tutela, como pruebas, aporta la siguiente documentación:

1. Resolución N° CNSC- 20192110076545 del 18-06-2019
2. Decreto N° 1142 de 2019

MUNICIPIO DE MEDELLIN

Por medio de comunicación escrita, **Kevin Alejandro Giraldo Camacho**, apoderado judicial delegado por el señor alcalde, argumenta frente a los hechos de la presente acción que, en efecto 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 Líder de Programa, Código 206, Grado 6, OPEC 44956, para proveer una (1) vacante.

Sin embargo, no es cierto que la accionante ocupó el primer puesto, pues de conformidad con la lista de elegibles expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la Resolución No. CNSC - 20192110076545 del 18-06- 2019, la tuteante ocupó la segunda posición, la cual tomó posesión el 06 de agosto de 2019, y luego de la reacomodación la actora si pasa a un primer lugar, hasta que la lista estuvo vigente, es decir hasta el pasado **04 de julio de 2021**, fecha en que la lista de elegibles perdió vigencia.

Informa que es cierto que la accionante presentó Derechos de Petición el 09 de octubre de 2019 y que el mismo fue resuelto de manera oportuna, y que también interpuso derecho de petición ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, la misma que le fue contestada por medio del radicado 20191020643431 del 28 de octubre de 2019 informándole que:

De acuerdo a lo expuesto, le informo que como Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo **No.44956**, denominado Líder de Programa, Código 206, Grado 6, se encuentra en espera hasta que se genere una vacante durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 4 de julio de 2021.

En atención a su petición, a continuación podrá encontrar los ocho (8) empleos de la denominación Líder de Programa, Código 206, Grado 6, declarados desiertos, cuyas OPEC se enlistan a continuación y a través de la siguiente ruta podrá consultar las dependencias a las cuales se encuentran adscritos, así como los requisitos de experiencia y estudio: Convocatorias / En Desarrollo / 429 de 2016 – Antioquia / OPEC.

Ahora bien, es menester precisarle que frente a los empleos declarados desiertos, conviene acudir a lo previsto por el artículo 2.2.6.19 del Decreto 1083 de 2015, según el cual, una vez agotado el orden de provisión establecido en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto *Ibidem*⁴, deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Corolario lo anterior, **NO es viable autorizar el uso de listas de elegibles para adelantar la provisión definitiva de un empleo cuyo concurso fue declarado desierto durante el desarrollo del respectivo proceso de selección.**



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Señala que los derechos de petición del 09 de octubre de 2019 y el 21 de septiembre de 2021 radicados a través de los N°201910366096 y 202110305714 respectivamente, fueron resueltos con apego a la ley y a las garantías legales de manera oportuna y de fondo, aclarando que en los mismos solicita la lista de los empleos declarados desiertos creados como líder del programa, con posterioridad al inicio del concurso de méritos 429 de 2016, y en respuesta se le indicó que el número de plazas de empleos de Líder de Programa, con el código 206 grado 06, que fueron declaradas DESIERTAS dentro de la convocatoria 429 de 2016, aclarando que las mismas si fueron ofertadas dentro del mencionado concurso y por tanto no cumplían con la condición de haber sido generadas con posterioridad y se menciona de la condición sine qua non, para aplicar el uso de listas de la convocatoria 429 de 2016, trayendo a colación el criterio unificado de la CNSC

“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 (ej OPEC44606, 1 PLAZA por alguna causal de retiro del elegible posesionado) 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”
Paréntesis fuera de texto”.

Que informó a la actora, que la CNSC, mediante comunicación No 20191020438301 del 21 de agosto de 2019, informó que la provisión definitiva de la lista de elegibles únicamente procede para proveer vacantes que han sido ofertadas en el marco de la Convocatoria No. 429 de 2016 - Antioquia, dado que para aquellos cargos que han sido declarados desiertos y para las nuevas vacantes, se debe realizar un proceso de selección específico, además que las plazas de empleos del mismo nivel, código y grado que se generaron con posterioridad aclarando que no pueden catalogarse como vacantes del mismo empleo para el cual concursó teniendo en cuenta que no tienen idéntico propósito, funciones y requisitos, por ende la afirmación que la accionante hace sobre el empleo catalogado como N° 20606272, aclaran que no basta con que el empleo tenga la misma denominación, el mismo código, sino que también tenga el mismo propósito funciones y requisitos, por lo el empleo en mención no cumple con las condiciones de igualdad, por ende no puede ser provisto.

Informa que durante la vigencia de la lista OPEC 44956 no se generaron nuevas vacantes definitivas de ese mismo empleo identificado con código interno 20606254, con IGUAL propósito y funciones, que hiciera procedente el uso de la lista, razón por la cual no era posible acceder a las pretensiones de ser nombrada en periodo de prueba en alguna de las vacantes definitivas de empleos con denominación LIDER DE PROGRAMA, CODIGO 206 GRADO 06,

Y con relación a la solicitud asignarla en un cargo de Similares parecidos o equivalentes, no es posible acceder pues iría en contra de las reglas vigentes, por no ser vacantes del mismo empleo ofertado, teniendo en cuenta que esta posibilidad fue introducida por una ley que entró en vigencia con posterioridad a la aprobación de las reglas de la convocatoria (Ley 1960 de 2019).

Para Finalizar señala que la controversia que se genera con la pretensión de la accionante al insistir que sea posesionada en un cargo equivalente, a sabiendas que al interior de la entidad no se encuentran vacancias del mismo empleo, escapa a la competencia del Juez de tutela, el hecho de encontrarse en una lista de elegibles, no implica tener un derecho adquirido, es una expectativa de derecho sujeta a una condición, en este caso, a que se generen vacantes del mismo empleo



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

máxime cuando la accionante conocía las reglas del concurso desde el principio de la convocatoria 429 de 2016, así mismo sabía que solo era 1 vacante ofertada con respecto a la OPEC para la cual concursó.

Por las razones antes expuestas se evidencia que no existe un trato diferencial y una vulneración a los derechos fundamentales de la accionada, pues la norma es clara en cuanto al usos de las listas de elegibles para las 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, dejando de presente que existen otros recursos o medios de defensa judicial, no se cumple con el Principio de inmediatez, toda vez que acude al Juez de Tutela en un tiempo no razonable y desproporcionado, con respecto a la fecha de expedición del Acto Administrativo que conforma la lista de elegibles, la cual ya perdió su vigencia el día 4 de julio de 2021.

Es importante señalar que la accionante ya presentó demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del Municipio de Medellín y la Comisión Nacional del Servicio Civil por los mismos hechos, lo que también descarta el uso de esta acción como mecanismo transitorio y la existencia de un perjuicio irremediable. Corolario de lo anterior, ya se agotó el requisito de procedibilidad ante la Procuraduría 110 Judicial I para Asuntos Administrativos, con el Radicado 2996 del 28 de febrero de 2021, la cual se declaró fallida ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo y no existir ánimo conciliatorio entre las partes, quedando el caso, en manos del Juez de lo Contencioso administrativo para dirimir la controversia jurídica.

ACTUACIÓN DEL DESPACHO

Este Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la acción instaurada, de conformidad con lo prescrito en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 y las modificaciones introducidas en el Decreto 1983 de noviembre 30 de 2017 y el Decreto 333 de 2021.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Constitución Política, en su artículo 86, consagro la acción de tutela como un mecanismo judicial, que propende por la protección inmediata de los derechos fundamentales, es pues una forma de dotar a las personas de un mecanismo expedito, para que, en caso de amenaza o vulneración de las garantías constitucionales, puedan acudir ante el Juez en procura y salvaguarda de estos.

En otro sentido, se condicionó la procedencia de la acción de tutela, al cumplimiento de ciertos requisitos, entre los que se encuentran el principio de subsidiariedad, el cual, al tenor de lo dispuesto en la Constitución Política, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al respecto el inciso tercero del artículo 86 superior, enseña:

Artículo 86. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, 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.*

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

En el mismo sentido, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, señaló que la tutela es improcedente si se cuentan con mecanismos alternos de protección, a menos que se utilice como mecanismo transitorio. Sobre esto, en la sentencia T-629 de 2008 la Corte Constitucional, expresó:

“Partiendo del principio de subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, la procedencia de esta vía judicial excepcional está supeditada al agotamiento previo de las otras vías judiciales ordinarias con que cuente el interesado, y que sólo ante la inexistencia o inoperancia de esas vías judiciales, es posible acudir a la acción constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico”.

De otro lado, en sentencia SU- 241 de 2015, se expresó lo siguiente:

El tercer inciso del artículo 86 constitucional establece que la tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. A partir de esto, se ha dicho que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, en la medida que su procedencia se encuentra sometida al agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa con los que cuenta el accionante o a la demostración de su inexistencia.

Dentro de la misma línea, la Corte ha señalado que la acción de tutela es también complementaria de los procedimientos ordinarios, ya que es, en esencia, un mecanismo judicial de origen constitucional de evidente carácter residual que está previsto para asegurar la tutela efectiva y sustancial de los derechos constitucionales fundamentales, y, por ello, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

En conclusión, no es posible por tanto acudir a la tutela como mecanismo principal de defensa judicial, ni resulta factible emplearla como medio alternativo de los ordinarios o extraordinarios previstos por el legislador para obtener protección a un derecho, ni para reemplazarlos, salvo, cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe estar acreditado.

En un caso similar la Corte Constitucional en sentencia T-340 de 2020, concluyó que la acción de tutela es procedente de manera excepcional, para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de concurso de méritos:

“En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019².”

² M.P. Alejandro Linares Cantillo.



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

EL CASO CONCRETO

ASUNTOS POR RESOLVER

Compete al Juez constitucional estudiar el presente caso para determinar: i). Si las entidades accionadas, han vulnerado los derechos de la parte accionante, ii). En caso afirmativo, establecer los derechos vulnerados o amenazados y las medidas que deben ordenarse para restablecerlo

ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES.

Legitimación en la causa por activa: El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, dispone que la acción de tutela podrá ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada, quien actúa por sí misma o a través de un representante. En este caso, la accionante promueve la acción de tutela, demostrando que se encuentra legitimada para interponer mencionada acción al tener capacidad para comparecer y ser mayor de edad con pleno uso de sus facultades y actuar en nombre propio

Legitimación por pasiva: De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y el art. 5 del Decreto 2591 de 1991, las entidades accionadas por ser la entidad encargada de resolver las solicitudes presentadas por la accionante ante dichas entidades.

Principio de Inmediatez: De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a pesar de no existir un término de caducidad para acudir a la acción de tutela, éste debe presentarse en un lapso razonable, después de ocurrir los hechos que motivan la afectación.

En este caso, cumple con el requisito, en tanta la última respuesta del Municipio de Medellín, respecto de la solicitud de nombramiento se presentó el día 7 de octubre de 2021 y la acción de tutela, se presentó el día 16 de noviembre de 2021.

Análisis de la Controversia

De acuerdo con los hechos narrados, se advierte que lo pretendido por la accionante, es que el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, la nombre en periodo de prueba en cualquiera de los cargos denominados líder de Programa Código 206 Grado 06 que se encuentren vacantes, por formar parte de la lista de elegibles conformada con la Convocatoria 426 de 2016, en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Por ende, corresponde a este Despacho resolver si la negativa de la entidad accionada, vulnera los derechos a la igualdad, debido proceso y el derecho al acceso a cargos públicos por mérito, como lo reclama la accionante.

El numeral 4° del art. 31 de la Ley 909 de 2004, establecía que las listas de elegibles vigentes sólo serían usadas para cubrir las vacantes inicialmente ofertadas y la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, también indicaba que sólo se podía hacer uso de la lista de elegibles para proveer los cargos inicialmente ofertados, como en efecto lo hizo el Municipio de Medellín.

En razón al cambio normativo y a la sentencia T-340 de 2020, permitió el uso de las listas de elegibles vigentes a cargos equivalente no ofertados, precedente que permitió la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

En el trámite de la acción de tutela, se demostró, que el registro de elegibles al que pertenece la accionante, se conformó mediante **Resolución No. CNSC - 20192110076545 del 18 de junio de 2019**, para proveer una (1) vacante del empleo de carrera denominado LÍDER DE PROGRAMA, código 206, Grado 6 de la Alcaldía de Medellín ofertado a través de la convocatoria No. 429-2016, bajo el **código OPEC No. 44956**, el cual solo está conformado por dos personas, en primer puesto LUZ BARBARITA HENAO DUQUE con un puntaje de 75,71 y en segundo puesto por la accionante MARIANA MIYE PENAGOS HERRERA con un puntaje de 71,40.

En el artículo sexto de la nombrada resolución se indica, que la vigencia de la lista de elegibles es de 2 años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el art. 81 del Acuerdo No. 20161000001356 de 2016 y el numeral 4 del art. 31 de la Ley 909 de 2004.

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, informó que la lista de elegibles se conformó mediante **Resolución No. CNSC-20182120177985 de 24 de diciembre de 2018**, la cual cobró firmeza el día 15 de enero de 2019 y su fecha de vencimiento fue el 14 de enero de 2021, por ende, los aspirantes han pedido su calidad de elegibles.

La entidad territorial accionada, informó que nombró a la persona que ocupó el primer puesto en lista de elegibles y aportó el Decreto 1142 de julio 12 de 2019, mediante el cual nombró en periodo de prueba en la vacante del empleo de carrera administrativa, **OPEC No.44956 Líder de Programa Código 206 Grado 6, código interno 20606254 posición 2016242** de la planta global del Municipio de Medellín, ubicado en el SECRETARÍA DE HACIENDA a LUZ BARBARITA HENAO DUQUE.

En la respuesta al derecho de petición presentado por la accionante, emitido el 29 de octubre de 2019, el MUNICIPIO DE MEDELLÍN informó que con posterioridad a la Convocatoria 429 de 2016, se generaron 7 empleos denominados LÍDER DE PROGRAMA Grado 6, con los Código de empleo **20606272** en la Secretaría de Hacienda, Código **20606183** en la Secretaría de Infraestructura, Código **20606155** en la Secretaría de Movilidad, Código **20606100** en la Secretaría General, Código **20606198** en la Secretaría de Participación Ciudadana y con los códigos **20606273** y **20606170** en la Secretaría de Gestión Humana y Servicio a la Ciudadanía.

La entidad territorial negó la solicitud de la concursante tendiente a que se le nombrara en un cargo equivalente, en aplicación de la Circular 20191000000117 expedida el 29 de julio de 2019 por la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública y el criterio unificado de la Sala Plena de la CNSC del 1 de agosto de 2019, según el cual, las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatorias aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizado para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria y que la CNSC en comunicación con radicado 20191020438301 del 21 de agosto del año en curso, señaló que la provisión definitiva a través del uso de lista del Banco Nacional de Lista de Elegibles únicamente procederá para proveer vacantes que han sido ofertadas en el marco de la convocatoria No.429 de 2016 y no para otras, por ende, no es viable el uso de esas listas para proveer nueva vacantes ni para aquellas que han sido declaradas desiertas dentro del concurso, en tales eventos deberá realizarse un proceso de selección.

El MUNICIPIO DE MEDELLÍN en respuesta emitida a la accionante el **7 de octubre de 2021**, informó que **8** cargos del **empleo Líder de Programa, código 206, grado 06**, fueron convocados y declarados desiertos, en la convocatoria 429-2016, se advierte que **5** cargos, están ubicados en el Departamento Administrativo de Planeación, **1** cargo en la secretaría de participación ciudadana, **1** cargo en la



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

secretaría de Seguridad y convivencia y finalmente 1 cargo en la secretaría gestión y control territorial, plazas que se encuentran provistas de manera transitoria mediante nombramiento en encargo.

De la revisión de la información, se advierte que las nombradas plazas, presentan un código OPEC diferente a la **OPEC No. 44956**, que corresponde al cargo para el cual concursó la accionante, sin que se tenga certeza del perfil profesional requerido en cada cargo de líder de programa.

También la entidad territorial, informó a la accionante el 7 de octubre de 2021, que con posterioridad a la convocatoria 429 de 2016, se generaron 11 vacantes definitivas para el empleo Líder de Programa, código 206, grado 06 ubicadas en diferentes secretarías, que no corresponden al empleo reportado con OPEC 44956, código interno 20606254 y que, con posterioridad a la convocatoria, se crearon 7 cargos nuevo con la misma denominación, de las cuales 2 plazas se encuentran cubiertas con nombramiento en propiedad, las cuales tiene un código de empleo distinto, al cargo para el cual optó la accionante que fue cubierto con el nombramiento de la persona que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

Es decir, con las pruebas allegadas al plenario no es posible establecer que las 7 plazas que fueron creadas con posterioridad a la convocatoria y se encuentran vacantes, corresponda cargos homólogos, a la OPEC No. 44956, con el mismo perfil exigido en la convocatoria, tampoco existe certeza de la fecha en que fueron creados, por ende, no es posible establecer si los nuevos cargos se crearon en vigencia del registro de elegibles o con posterioridad.

La accionante reclama la protección a su derecho a la igualdad, argumentando que, en un caso similar, el MUNICIPIO DE MEDELLÍN, nombró en periodo de prueba a una persona que había concursado para otra OPEC, sin embargo, no informó el nombre de la persona, ni el cargo, para efectos de probar que estamos en presencia de un caso similar, que permita evidenciar una vulneración al derecho a la igualdad.

No obstante, la entidad accionada al pronunciarse sobre la presente acción, informó que, de acuerdo con los hechos narrados por la accionante, podría tratarse del nombramiento del señor HERNÁN ALFREDO MARTÍNEZ quien hacía parte de la lista de elegibles conformada para el empleo Profesional Universitario, Código 219, Grado 2, código **OPEC 45250**, quien mediante Decreto No 720 del 31 de Agosto de 2021 fue nombrado en periodo de prueba por uso de lista en la vacante definitiva del Empleo Profesional Universitario, Código 219, Grado 2, código **OPEC 45245** que fue declarada desierta y explica que tal nombramiento obedeció, a la revisión que realizó la entidad con ocasión de varias solicitudes del elegible, entre todas las plazas en vacancia definitiva, advirtiendo que por error se reportó a la OPEC del concurso una plaza idéntica al Empleo 45250, pero con otro número OPEC 45245, es decir, que el cargo sí corresponde a la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y los mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, razones que llevaron a la entidad territorial a realizar tal nombramiento y allegó el Decreto 0720 de agosto 31 de 2020, acto de nombramiento que se encuentra motivado.

Teniendo en cuenta, la información aportada por las entidades accionadas, el Juzgado concluye que en este caso no es viable aplicar la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, como lo pretende la accionante, habida cuenta que, en este trámite tan breve y sumario, no se demostró que, el MUNICIPIO DE MEDELLÍN en vigencia del registro de elegibles conformado Resolución No. CNSC - 20192110076545 del 18 de junio de 2019, hubiese creado un cargo con la misma denominación, grado, código y asignación básica, o equivalente a la OPEC No.



JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

44956, que permitiera el nombramiento de la aspirante vía tutela, en aplicación del precedente jurisprudencial de la sentencia T-340 de agosto 21 de 2020.

En consecuencia, deberá la accionante acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para demostrar con suficiencia que cumple con los parámetros legales y jurisprudenciales aplicables, para tener derecho a ser nombrada en un cargo equivalente en el Municipio de Medellín, pues dicha circunstancias fácticas, no están acreditadas en esta acción, habida cuenta que, la sola denominación del cargo, no es suficiente para establecer la viabilidad del nombramiento, además tampoco es viable, ordenar al MUNICIPIO DE MEDELLÍN que realice un estudio de equivalencia donde se identifique cuáles son las vacantes homólogas, al cargo para el cual concursó la accionante, habida cuenta que el registro de elegibles perdió vigencia el 4 de julio de 2021, por ende, su fuerza ejecutoria, en consecuencia, resultaría inócua cualquier orden que se imparta en dicho sentido.

Así las cosas, el Juzgado no encuentra acreditada la vulneración alegada, por ende, negará el resguardo.

No habiendo más asuntos que resolver, el **JUZGADO VENTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela presentada por la señora **MARIANA PENAGOS HERRERA**, quien se identifica con cédula de ciudadanía N° 32.205.404, en contra de **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: NOTIFICAR esta sentencia a todas las partes y la **vinculada LUZ BARBARITA HENAO DUQUE**, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, por el medio más expedito remitiendo copia de la decisión.

TERCERO: De no ser impugnada la presente providencia dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a La Honorable Corte Constitucional para su posible escogencia y revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MÁBEL LÓPEZ LEÓN

Juez

Firmado Por:

Mabel Lopez Leon
Juez
Juzgado De Circuito
Laboral 024
Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ea3e4b5439052949845127fa8d5e7e038832dc4acd7acc6063bccf71a42db00b**

Documento generado en 29/11/2021 09:00:43 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>