



República de Colombia
Rama Judicial

JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD

Medellín, dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Proceso	Acción de Tutela
Accionante	ZULAY ANDREA CADAVID GÓMEZ
Accionado	MUNICIPIO DE MEDELLÍN COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
Radicado	No. 050013103005 2019 00523 00
Instancia	Primera.
Providencia	Sentencia No.247 Tutela No. 208
Tema	Tutela contra Acto Administrativo. Derecho al debido proceso. Ley 1960 de 2019. Lista de Elegibles.
Decisión	No Concede amparo constitucional

Se procede por parte de esta Agencia Judicial, a proferir sentencia de instancia dentro de la acción de tutela que instaura Zulay Andrea Cadavid Gómez en contra del Municipio de Medellín y la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

1. ANTECEDENTES

Señaló la accionante que la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- realizó convocatoria a concurso de méritos a fin de proveer definitivamente empleos vacantes objeto de la convocatoria # 429 de 2016; explicó que se presentó al concurso para ocupar el empleo con el código OPEC 44099 denominado Odontólogo Especialista, código 216, Grado 3°, del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Medellín. Afirmó que mediante la Resolución CNSC-20192110071155 del 18 de junio de 2019, se conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer la vacante en la que participó ocupando el 2° lugar con un puntaje de 77.58; dicho acto adquirió firmeza el 8 de julio de 2019. Indicó que el 27 de junio de 2019 entró en vigencia la Ley 1960 de 2019 que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, estableciendo en el artículo 6° numeral 4° que modificó el artículo 31 de la Ley 909 íb que se pueden suplir las vacantes que posteriormente aparezcan a la convocatoria. Explicó que en la actual planta de cargos del Municipio de Medellín se encuentra vacante definitivamente un empleo con denominación *Profesional Especializado Área de la Salud* con código interno 2420302 Grado 3, adscrito a la Subsecretaría de Salud Pública desde el 1 de octubre de 2018, sosteniendo que el mismo no fue objeto de oferta en la convocatoria 429, pues su vacancia definitiva se presentó con posterioridad al acto administrativo que convocó, amén que no se encuentra provisto en ninguna forma. Sostuvo que el cargo para el que se presentó tiene similitud

funcional con el que se encuentra vacante tal como lo estableció el numeral 7° del artículo 3° del Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC. En fecha 19 de julio del año que cursa, presentó derecho de petición ante la Secretaría de Gestión Humana y Servicio a la Ciudadanía del Municipio de Medellín, solicitando se le nombrara en periodo de prueba en el cargo ya señalado como vacante, sin embargo la Alcaldía de Medellín, en su respuesta del 13 de septiembre de 2019, negó lo pedido argumentando que la convocatoria para el cargo del área de la salud fue posterior a la convocatoria general 429; que la ley 1960 de 2019, aplica para procesos de selección posterior a su vigencia y que en consecuencia para suplir la vacante era indispensable realizar un nuevo concurso. Explicó que actualmente se desempeña como odontóloga especialista de la Subsecretaría de Gestión de Servicios de Salud en provisionalidad, pues la titular se encuentra en encargo en uno superior, pero habiendo manifestado ya su intención de regresar a su titularidad, por lo que es inminente su salida y por lo tanto quedarse sin empleo; anunció que depende enteramente de su salario respondiendo por sus padres, quienes no tiene empleo ni pensión, pagando actualmente un crédito hipotecario. Peticiona que se ordene a la CNSC que declare como empleo de similitud funcional el OPEC # 44099 denominado Odontólogo Especialista, código 216, grado 3 ofertado en la convocatoria 429 de 2019 con el empleo correspondiente a Profesional Especializado Área de la Salud con código interno 24203002, grado 3, adscrito a la Subsecretaría de Salud Pública desde el 1 de octubre de 2018; que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la CNSC que recomponga la lista de elegibles conformada para el cargo OPEC 44099 y la remita a la Alcaldía de Medellín para que haga uso de ella en la vacante correspondiente a Profesional Especializado Área de Salud; y por último se ordene a la Alcaldía de Medellín que proceda con el nombramiento en periodo de prueba a la persona que por estricto orden corresponde según la lista de elegible remitida por la CNSC.

1.2. Por estar acorde con el decreto 2591 de 1991, se asumió el conocimiento de la acción, admitiéndola por auto del 4 de octubre de 2019 y vinculando a todos los aspirantes, admitidos e inscritos de la Convocatoria Pública N°429 de 2016, para el cargo OPEC 44099, grado 3. **No se vinculó** con relación al cargo con denominación Profesional Especializado Área de la Salud con código interno 24203002, Grado 3, adscrito a la Subsecretaría de Salud Pública, pues desde el libelo introductor (fl.4) se señaló que **no se encuentra provisto de ninguna forma**, afirmación que no fue objeto de reproche, censura o aclaración por las autoridades tuteladas.

1.3. ALCALDÍA DE MEDELLÍN: Anuncia que la accionante ya había deprecado una acción constitucional de la misma naturaleza ante la especialidad penal sobre la vulneración de derecho de petición, sin embargo, explica que el mismo ya fue objeto de respuesta. En consecuencia, solicita se niegue el amparo.

1.4. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL: Pide que se niegue la prosperidad de la acción constitucional en tanto no se supera el requisito

de la subsidiariedad; determinó que la queja radica básicamente en la conformación de la lista de elegibles, aspecto que se encuentra inmerso en los acuerdos reglamentarios del concurso, por consiguiente para controvertir los mismos, la tutelante cuenta con otras vías judiciales. En el contexto del concurso, señaló que la accionante se inscribió para el empleo denominado *Odontólogo Especialista*, código 216, grado 3 con OPEC 44099 de la convocatoria 429 de 2017, ocupando la posición 2 de la lista de elegibles mediante resolución 20192110071155 del 18 de junio de 2019, la que adquirió firmeza el 5 de julio de 2019. Sostuvo que con relación a la unificación de listas, ello no es factible en tanto el artículo 31 numeral 4° de la Ley 909 de 2004, vigente para cuando empezó y terminó el concurso de mérito, así como los arts.74 y 79 del Acuerdo 20161000001356 del 12 de agosto de 2016, reglamentario del proceso de selección, establecen que las listas de elegibles se conformarán para proveer las vacantes definitivas de los empleos objeto de la convocatoria, conocido ello por el aspirante, por lo que no se puede ahora desconocer las reglas por vía de tutela para su propio beneficio; señaló que con relación a la provisión de los empleos de carrera y uso de la lista de elegibles, el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, define el orden de provisión de los empleos de carrera administrativa, mientras que el párrafo 1° de la misma regla previó que las listas elaboradas como resultado del proceso de selección *sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacantes definitivas que se generen en los mismo empleos inicialmente provistos*, concluyendo que bajo el anterior marco normativo, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez culminado un proceso de selección, pueden usarse solo para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados. En este sentido indicó, que una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos en periodo de prueba, no reagrupa o integra las listas incluyendo a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas, por lo que en el caso de la tutelante, no habiendo alcanzado la posición en la lista de elegibles para proveer el cargo al que aspiró, cuenta con una mera expectativa a la espera que se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, hasta el 5 de julio de 2021. Frente a la aplicación de la Ley 1960 de 2019, refiere que de acuerdo a la Ley 4 de 1913, la ley solo rige para situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación; en este sentido, el artículo 7 de la Ley 1960 dispone que rige a partir de su publicación, lo que ocurrió el 27 de junio de 2019, por lo que sólo puede regir hacia el futuro y para procesos que se inicien con posterioridad a esa fecha, resaltando que la misma ley no señaló que sus efectos fueran retroactivos. Implica lo anterior que habiéndose iniciado la convocatoria 429 de 2016 desde el 12 de agosto de 2016, a la fecha de la expedición de la Ley 1960 ya se encontraba en ejecución y por consiguiente ya estaba ofertado el empleo al que había aspirado, por lo que reitera, que la lista de elegibles sólo puede ser empleada para proveer las vacantes inicialmente ofertadas.

2. CONSIDERACIONES

2.1 DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Fue reglamentada la acción de tutela mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, con el fin que las personas puedan reclamar ante los Jueces la protección inmediata y oportuna de los derechos constitucionales fundamentales que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los eventos que consagra la Ley. Esto significa sin mayores esfuerzos, que para su procedencia debe establecerse previamente la existencia del derecho y su calidad de fundamental, para determinar luego, si realmente se le amenaza o se le vulnera.

El artículo 86 de la Constitución Política, en su inciso 1º, dice:

“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”.

2.2. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSOS DE MÉRITOS.

En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser aplicado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el de acceso a los cargos públicos.

En este sentido, la citada Corporación en sentencia T-315 de 1998, señaló:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

2.3. EL RÉGIMEN PARA LA PROVISIÓN DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

La Constitución Política de 1991 establece en el ordinal 7° del artículo 40, que se garantiza a todo ciudadano el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. En el mismo sentido, el artículo 125 Superior señala que *“los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”*. Igualmente, el inciso segundo del citado artículo consagra la regla general del concurso público como forma de acceder a los cargos de la administración, estableciendo como criterios para la provisión de los cargos el mérito y la calidad de los aspirantes.

Al respecto, en fallo de unificación T-829 de 2012, la Corte Constitucional consideró:

“La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de carrera el general y obligatorio para

la provisión de cargos al servicio del Estado, en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público (art. 125 C.P.).”

Sobre este punto, la Corte ha considerado que el régimen de carrera encuentra su fundamento en tres objetivos básicos: 1) El óptimo funcionamiento en el servicio público, desarrollado en condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; 2) Para garantizar el ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y 3) Para proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio de Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo. Es preciso tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes.

De igual forma, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-133 de 1998, unificó la doctrina referente a los concursos para proveer cargos públicos, en los siguientes términos:

“El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado”

2.4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RESOLVER CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EL DESARROLLO DE UN CONCURSO DE MÉRITOS CUANDO YA SE CONFORMÓ LA LISTA DE ELEGIBLES

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es procedente frente a controversias originadas en concursos de méritos para la provisión de empleos públicos si el proceso de selección se encuentra en curso. Específicamente, las diferentes secciones del Consejo de Estado establecen en sus sentencias que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos, pues se podrían afectar derechos subjetivos y lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho. Sobre el particular, en sentencia del 29 de noviembre de 2012, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que por regla general, la acción de tutela es improcedente *“para controvertir las supuestas irregularidades acaecidas durante el trámite de un concurso de méritos, cuando en éste se ha conformado la lista de elegibles, porque es un acto susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que brinda el escenario idóneo para analizar la legalidad de la referida decisión”*. De esta manera, los jueces de tutela deben analizar si al momento en que se presentó la acción de tutela ya se había conformado la lista de elegibles o está a punto de proferirse como uno de los elementos dentro del estudio de procedencia. Ejemplo de lo anterior es la sentencia del 8 de junio de 2010, en la que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de una acción de tutela en la que accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales *“con ocasión de la calificación obtenida en la prueba de aptitud numérica dentro del concurso de méritos docentes abierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil y desarrollado por el ICFES47”* con el siguiente argumento: *“Ocurre que para la época en que la actora instauró la tutela ya el concurso del cual fue excluida había avanzado a otra fase e incluso finalizado, pues está publicada la lista de elegibles. Ante tal panorama de cosas la razón que permitía la viabilidad excepcional de la tutela ya no está presente y, por tanto, debido a que la afectada cuenta con otro medio de defensa ordinario, pertinente para enjuiciar la decisión de exclusión del concurso, el instrumento de protección constitucional se torna improcedente”*.

Por su parte, la Corte Constitucional se refirió a la procedencia de la acción de tutela en los casos en que se solicita la protección de derechos fundamentales ante controversias presentadas en concursos de méritos cuando ya existe lista de elegibles. En la sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional analizó varias acciones de tutela en las que los actores, quienes participaron en el concurso de méritos para la provisión de cargos de notarios, solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales. La controversia giraba en torno al puntaje que otorgaba a la autoría de obras en derecho en la etapa de análisis de méritos y antecedentes, ya que en el marco de una acción popular interpuesta para la protección del derecho colectivo a la moralidad pública se adoptó una medida cautelar en la que se ordenó suspender provisionalmente el aparte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006 que se refiere a *“la certificación de la publicación expedida, por la imprenta o editorial respectiva junto con un ejemplar del libro publicado”*. Dentro de sus consideraciones, la Corte concluyó que las lista de elegibles *“en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58”*. Sobre la posibilidad de revocar listas de elegibles la Sala señaló lo siguiente: *“Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-*

, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.-, salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona. Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconforman dichas listas sin existir justo título que así lo autorice”.

A su vez, en la sentencia T-180 de 2015 la Sala Sexta de Revisión estudió el caso de una accionante que se presentó en la Convocatoria No. 128 de 2009 para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-. La tutelante presentó acción de tutela contra la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín y solicitó la protección de sus derechos fundamentales para que se resolvieran las peticiones en las que puso en conocimiento de las entidades las irregularidades en el proceso de selección, se rediseñaran las pruebas del concurso, se le permitiera acceder a las hojas de respuesta de su prueba y se suspendiera la etapa de entrevistas de la convocatoria. Sobre la posibilidad de modificar lo establecido en las listas de elegibles conformadas la Sala señaló lo siguiente: *“Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales”.* Por su parte, la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-551 de 2017 estudió las tutelas interpuestas por dos accionantes que participaron en las Convocatorias No. 335 y 336 de 2016 del INPEC para proveer el cargo de dragoneante de la institución y de ascensos y se les impidió continuar el proceso de selección porque en el examen médico que se les realizó, fueron calificados como no aptos. Pese a ello, los actores manifestaron que los resultados de las pruebas médicas no correspondían a la realidad. En esa oportunidad, la Sala determinó que la tutela procedía de manera definitiva *“toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles”*, los mecanismos de defensa ordinarios no eran idóneos y eficaces y mediante el acto administrativo que se ataca *“se establecen criterios sobre los resultados*

de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito”. Para terminar, en la sentencia T-160 de 2018 la Sala Tercera de Revisión analizó la tutela que presentó un accionante contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Universidad Manuela Beltrán. El actor señaló que se inscribió en la convocatoria mediante la cual se proveerían 400 vacantes en el empleo de dragoneante del INPEC y que en los resultados de los exámenes médicos fue calificado como “no apto” por tener un tatuaje en el tercio inferior del antebrazo izquierdo, por lo que solicitó que se evaluara nuevamente su calificación de y, en consecuencia, fuera vinculado nuevamente al proceso de selección del concurso-curso en la respectiva convocatoria. La Sala de Revisión determinó que la acción de tutela procedía contra los actos administrativos proferidos en desarrollo del concurso-curso ya que los medios ordinarios de defensa judicial no eran eficaces ni idóneos para dirimir la controversia. De la misma manera, la Sala precisó que en el caso objeto de análisis ya se había conformado la lista de elegibles y que, aunque la misma tenía vigencia de un año, ello no hacía “improcedente el amparo perseguido, pues la misma se puede reconstituir”, y que así se había hecho “a partir de la resolución de controversias judiciales”. Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoce que la tutela procede pese a la existencia de lista de elegibles y que estas pueden ser modificadas en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

3. CASO CONCRETO

3.1. Se pretende por esta vía constitucional, que a ZULAY ANDREA CADAVID GÓMEZ en su calidad de participante de la convocatoria N°429 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, destinada a proveer empleos vacantes en el Municipio de Medellín, en primer lugar, se declare *empleo con similitud funcional*, el cargo de Profesional Especializado Área de Salud que a la fecha se encuentra vacante, con relación al denominado *Odontólogo Especialista* para el cual concurso; en segundo lugar y una vez declarada la anterior petición, se ordene la recomposición de la lista de elegibles para que se le nombre en periodo de prueba en el primero de los cargos mencionados.

3.2. Frente a los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, encuentra esta judicatura que los mismos pueden tenerse por superados; frente a la subsidiariedad, habrá de señalarse que la parte accionante agotó los procedimientos que a su cargo tenía en búsqueda del nombramiento en el cargo del que se anuncia tiene similitud funcional, pues gestionó por vía de derecho de petición, que tanto el Municipio de Medellín, como la Comisión Nacional del Servicio Civil, dieran cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, que modificó el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, de la que obtuvo por ambas entidades, una respuesta negativa, no advirtiéndose otros mecanismos ordinarios que resulten idóneos y

eficaces para el propósito particular objeto de la queja constitucional; con relación a la inmediatez, habrá de indicarse que la actuación de la cual se desprende el derecho que reclama la accionante, nace de la conformación de la lista de elegibles para el cargo OPEC 44099, la cual cobró firmeza el pasado 5 de julio, por lo que puede predicarse que la vía constitucional se ejerció en un término razonable.

3.3. El reclamo que por esta vía constitucional ejerce la parte tutelante, parte en primer lugar de la inobservancia que las instituciones tuteladas, han dado a lo reglado en la Ley 1960 de 2019, específicamente lo que concierne al artículo 6° cuyo tenor literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)

2 (...)

3 (...)

*4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso **y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**” (Negrilla y subraya del despacho)*

Conforme a la citada norma y en especial el apartado resaltado, la Ley 1960 facultó que la lista de elegibles utilizada para suplir las vacantes de los cargos ofertados en una convocatoria, también puede ser utilizada para ocupar las vacantes de cargos que no fueron convocados y que surgieron con posterioridad a la convocatoria del concurso, a diferencia de la norma anterior que no establecía esa prerrogativa. Así entonces y en principio, ninguna otra interpretación puede hacerse a lo establecido por el Legislador. Sin embargo, es claro también, que la posibilidad de cubrir las vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria y que pueden ser proveídas con las listas vigentes, recaen sobre aquellas que corresponde a **cargos equivalentes** en la misma entidad.

A la luz del Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016, emanado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual *“se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del sistema general de Carrera Administrativa, a las que aplica la ley 909 de 2004”*, establece en su artículo

3° relativo a las *definiciones*, en el numeral 7, que debe entenderse por empleo con: “...*similitud funcional*, a aquel que es *similar funcionalmente a otro cuando tiene la misma denominación, código y grado, cuando tiene asignadas funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares*”.

Pues bien, vista la prueba documental adosada, se tiene que el cargo al que inicialmente aspiró la señorita Cadavid Gómez, de acuerdo a la Resolución 3383 de 2016 de la Alcaldía de Medellín, la denominación del empleo es Odontólogo Especialista, con código 216, grado 3, cuya dependencia es la Secretaría de Salud (fls.58 y 59); por su parte y conforme a la Resolución 3728 de 2015 del Municipio de Medellín, el cargo del que se anuncia se encuentra vacante de manera definitiva, tiene como denominación Profesional Especializado Área Salud, con código 24203002, Grado 3, sin una dependencia específica asignada (fls.55 a 57). Se encuentran entonces unas diferencias evidentes, no señaladas por la tutelante, frente a las exigencias normativas para tener una similitud funcional entre un cargo y otro; no se trata únicamente de la existencia equivalente de funciones, experiencia, grados de escolaridad, pues así no se previó en el citado Acuerdo, que valga señalar, hace parte de las reglas de la Convocatoria 429 de 2016, pues ésta se inició en vigencia de la Ley 909 de 2004, sino que también se exige, sin que haya lugar a interpretaciones, que la **denominación, código y grado** sean el mismo. En el caso de marras, no existe similitud de los dos cargos en la denominación y en el código, por lo que entonces y contrario a lo afirmado por la accionante, no se puede predicar la figura de similitud funcional y por consiguiente tampoco la equivalencia de cargo de la que trata la Ley 1960 de 2019.

Concluido lo anterior, es forzoso también señalar, que al no poderse predicar una similitud funcional del cargo optado en la convocatoria, con el que quedó vacante en el transcurso de ésta, no puede procederse con una orden de recomposición de la lista de elegibles, ni mucho menos, ordenar la provisión del cargo disponible atendiendo la misma.

Si bien esta judicatura puede no compartir las razones de orden jurídico que dieron lugar a la negativa de acceder a la solicitud que elevó la tutelante por vía de petición, asumidas por el Municipio de Medellín y la Comisión Nacional del Servicio Civil, no menos cierto es que en el presente caso, no se adecuan los presupuestos esgrimidos por la accionante, a la norma de la que pretende se le cobije con sus efectos; como tampoco puede atemperarse la decisión aquí adoptada, a la del par de la especialidad laboral anunciada en el libelo, pues en materia de tutela los efectos que emanan de las decisiones son *inter partes*, dejando claro que el caso que allá se adelantó, los empleos que surgieron con posterioridad a la convocatoria, eran los mismos cargos, que los que se ofertaron, por lo que allí podía predicarse la similitud funcional, atribución que se echa de menos en el presente asunto.

Así las cosas, puede concluirse, que en el *sub júdice* no es factible a la luz de las reglas de la convocatoria 429 de 2016 y el Acuerdo que rige lo concerniente a la lista de elegibles y que hace parte de la misma, establecer que el empleo OPEC 44099 al que aspiró la tutelante y que se encuentra en el segundo renglón, tiene similitud funcional con el empleo Profesional Especializado Área de la Salud; por lo que es dable suplir la vacante generada con posterioridad a la luz de la Ley 1960 de 2019.

Por último y a pesar de las consideraciones de tipo personal que expone la accionante en su escrito referentes a las condiciones económicas y el eventual perjuicio inminente que puede acontecer con el no nombramiento, no aparecen estos como elementos suficientes que permitan acceder a las pretensiones incoadas, pues como se señaló con anterioridad, la provisión del empleo requerido no es factible a la luz de la normatividad vigente, siendo prohibitivo para el juez constitucional, abrogarse competencias que asisten a las instituciones legalmente establecidas para el Sistema de Carrera Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Ley,

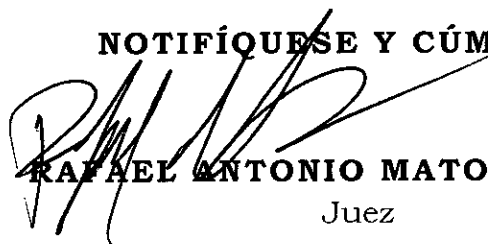
4. FALLA

4.1. NEGAR el amparo constitucional de tutela solicitado por ZULAY ANDREA CADAVID GÓMEZ contra el MUNICIPIO DE MEDELLÍN y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

4.2. Notifíquese a las partes accionante y accionada por el medio más eficaz y rápido (artículo 30 del decreto 2591 de 1991).

4.3. Si el presente fallo no es impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, envíese el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAFAEL ANTONIO MATOS RODELO
Juez

M.G