



**Referencia**

<b>Proceso</b>	: Acción de Tutela
<b>Accionante</b>	: Claudia Inés Silva Viviescas
<b>Accionado</b>	: Comisión Nacional del Servicio Civil y Otros.
<b>Asunto</b>	: Revoca sentencia.
<b>Radicado</b>	: 05001 31 10 013 2021 00379 01
<b>Ponente</b>	: Dra. Luz Dary Sánchez Taborda.
<b>Sentencia</b>	: Aprobada por acta No. 094

## **DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

### **TRIBUNAL SUPERIOR**

#### **SALA QUINTA DE DECISIÓN DE FAMILIA**

Medellín, veintitrés de julio de dos mil veintiuno.

Procede la Sala a resolver la impugnación formulada por la accionante, contra la sentencia proferida por la Juez Trece de Familia de Oralidad de Medellín el 8 de junio de 2021, dentro de la acción de tutela promovida por Claudia Inés Silva Viviescas, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Alcaldía de Medellín, a la que fueron vinculados los integrantes de la lista de elegibles de la convocatoria 429 de 2016, Antioquia, OPEC 44164 denominado Enfermero, código 243, grado 02<sup>1</sup>.

### **ANTECEDENTES**

Indicó la accionante que se inscribió en la convocatoria 429 de 2016, OPEC 44164 denominado Enfermero, código 243, grado 02, cuyas reglas fueron establecidas

---

<sup>1</sup> Véase auto admisorio a folios 1-7 documento denominado auto admisorio expediente virtual.

mediante el acuerdo N° CNSC20161000001356 del 12 de agosto de 2016, modificado por el acuerdo N° 2016000001476 del 23 de noviembre de 2016 y aclarado por el acuerdo N° 20181000000996 del 23 de mayo de 2018, para proveer definitivamente los empleos vacantes de la alcaldía de Medellín.

Que superó las etapas del concurso y hace parte de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución N°CNSC-20192120071495 del 18 de junio de 2019 ocupando el segundo lugar y que al posesionarse el primero, ya se encuentra en el primer puesto para ser nombrada en otra vacante igual o equivalente en la Alcaldía de Medellín.

Que en dicha entidad territorial se encuentra en vacancia definitiva un cargo con la OPEC 44097, grado 02, del nivel profesional, área de salud ocupado por un nombramiento en provisionalidad y que tiene las mismas funciones, salario y propósitos respecto al que ella se presentó, cargo que resultó vacante porque la OPEC a la que correspondía, fue declarada desierta mediante Resolución N° CNSC-20192110064295 del 12 de junio de 2019.

Que conforme a la normatividad vigente y los conceptos emitidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Consejo de Estado, la Alcaldía de Medellín puede disponer de la lista de elegibles para ser usada y proveer los cargos con personas de carrera administrativa que se encuentren en la lista de elegibles como en su caso, razón por la que elevó petición a dicha entidad el 18 de noviembre de 2020 en la que solicitó: *“se sirvan revisar la planta de empleos de carrera de la entidad, generada con anterioridad y posterioridad al reporte de la OPEC para la convocatoria 0429 de 2016, y a partir de estos resultados, realizar el estudio técnico de viabilidad de uso de elegibles correspondiente con el elegible en la posición 2, el cual ostento según Resolución N° CNSC-20192110071495 del 18-06-2019 y se tengan en cuenta las definiciones del artículo 2 del Acuerdo N° 165 de 2020 y demás aspectos regulatorios. De otra parte, tengo conocimiento que a otra persona que se*

*encontraba en situación similar, la Alcaldía le aceptó su requerimiento y ya le fue notificado su nombramiento (...)*”.

Que la Alcaldía de Medellín respondió de manera negativa a su solicitud indicándole 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, y que por lo tanto “no es posible aplicar las disposiciones allí contenidas en cuanto al uso de Listas de Elegibles para empleos equivalentes, y en consecuencia, no es viable remitir la información solicitada en relación con empleos equivalentes, teniendo en cuenta que lo anterior no aplica para la Convocatoria 429 de 2016 – Antioquia.”* Que ella participó en la OPEC 44164 que corresponde al empleo identificado como enfermero, código interno 24302003 adscrito a la Secretaría de Salud, el cual solo tiene una plaza que ya se encuentra ocupada por la elegible que ocupó la posición meritória.

Que además le respondió de manera parcial, porque expuso su posición en relación con la aplicación del uso de las listas de elegibles sin tener en cuenta el cambio posterior del criterio unificado emitido por la CNSC, como también omitió aplicar normas que le eran favorables respecto al uso de las listas de elegibles para cargos equivalentes al que se presentó y no le entregó la información solicitada a pesar de que no tiene reserva.

Que también elevó petición a la CNSC el 19 de noviembre de 2020, solicitando el uso de la lista de elegibles CNSC-20192119971495 del 18-06-2019 y se tuviera en cuenta lo estipulado en los acuerdos de esa entidad, la cual le fue resuelta de manera negativa, pues se le dijo que su nombramiento solo podía presentarse para el mismo empleo, es decir, igual denominación, código, grado, asignación básica

mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica, sin dar cabida a cargos equivalentes, como lo regula la Ley 1960 de 2019 y lo define el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, *“por medio del cual se emitió por el ejecutivo el Decreto 1085 de 2015 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector de la función pública”*, violándose así su derecho de acceder a cargos públicos por méritos.

Que en su caso se debe dar aplicación a la retrospectividad de la norma debiendo la Alcaldía de Medellín y la CNSC proveer el cargo vacante identificado con la OPEC 44097 con la lista de elegibles de la que ella hace parte y donde ocupa el primer puesto, cargo que es equivalente al suyo (OPEC 44164) por tener el mismo propósito, funciones, grado, salario, ubicación geográfica.

Que acude a la acción de tutela con el fin de evitar un perjuicio irremediable como el que se le ocasionaría con la interposición de una demanda contenciosa que dura años, más cuando la lista de elegibles de la que hace parte vence el 4 de julio de 2021, pues quedaría sin ninguna opción para ocupar el cargo en carrera.

Que con su negativa las accionadas están vulnerando sus derechos fundamentales de petición, al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, a acceder al cargo mediante concurso público de méritos, la primacía de la Constitución Política, “derechos de los niños” y el mínimo vital.

Con base en los anteriores fundamentos fácticos y luego de transcribir jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado que se refieren a la procedencia de la acción de tutela en tratándose de concursos de méritos, elevó como pretensiones:

*“(…) que se me protejan mis derechos invocados como violados y en relación con el cargo para el cual concursó (sic) o sus equivalentes, ordenándose a las entidades demandadas, el reporte a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL de las vacantes que cumplan*

Impugnación acción de tutela  
Accionante: Claudia Inés Silva Viviescas  
Accionados: C.N.S.C. y Alcaldía de Medellín  
Radicado: 05 001 3110 013 2021 00379 01

con las características equivalentes como lo pregona la Ley 1960 de 2019, artículo 6, luego de lo cual solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- el uso de la lista de elegibles actualizada conforme la recomposición a la que haya lugar respecto de las vacantes identificadas como equivalentes al cargo de profesional universitario grado 02 con igual propósito y función.

(...) Que, como consecuencia de lo anterior, se me garantice de manera inmediata y sin dilación alguna la protección de mis derechos fundamentales AL DERECHO DE PETICIÓN, DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD Y AL TRABAJO, DERECHO DE ACCEDER AL CARGO MEDIANTE CONCURSO PUBLICO DE MERITOS Y PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, IGUALDAD, MINIMO VITAL, SUBSISTENCIA, Y POR ENDE SE ORDENE AL REPRESENTANTE LEGAL DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y ALCALDE DE MEDELLIN, ASI COMO A LA AUTORIDAD COMPETENTE EL expedir mi acto administrativo de nombramiento, para proceder así a mi posterior posesión en cargo igual o equivalente al de la OPEC 44164, denominado enfermero, nivel profesional, grado 02 del sistema general de carrera administrativo de la Alcaldía de Medellín, ofertado a través de la convocatoria 429 de 2016 – ANTIOQUIA y que es de nivel profesional, grado 02 que cuenta con misma ubicación geográfica, con mismo salario, funciones, propósito, de la OPEC 44097 o en otro equivalente en caso de presentarse después que usted conozca la totalidad de cargos vacantes y el cual tenga relación con el nivel profesional, con el mismo propósito y función grado 2, ubicación geográfica, por asistirme derecho preferente a ser nombrado en una vacante ocupada hoy en provisionalidad y que fuera declarada desierto o en otra en caso de presentarse y en consideración a las informaciones que tenga en su poder, conforme a los hechos relatados en la presente acción.

(...) Que, como consecuencia de las anteriores peticiones, se les requiera a los representantes legales de LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y ALCALDIA DE MEDELLIN, en cabeza de sus representantes legales para que en lo sucesivo se abstenga de realizar u omitir cualquier acto que sea lesivo para mis derechos fundamentales vulnerados.

Que se ordenen las demás declaraciones necesarias para que sean tutelados los derechos fundamentales vulnerados (...).”.

Como medida provisional solicitó que se ordene a las entidades accionadas **“SUSPENDER de manera inmediata y sin dilación alguna a partir la notificación de la medida, la vigencia de la lista de elegibles, toda vez que en el trámite constitucional de 1 (sic) y segunda instancia, podría vencerse mi lista e implicaría que la suscrita accionante pierda la oportunidad de ocupar un cargo de carrera administrativa por mérito, en igualdad de oportunidades (...)**”. (Folios 7-34 documento 01 “tutela” del expediente virtual C. 1).

La acción de tutela fue admitida mediante auto del 25 de mayo de 2020, en el que se concedió la medida provisional **“en el sentido de ordenar a la Alcaldía de Medellín, no consolidar la OPEC 44164 denominado enfermero, código 243, grado 02, de la convocatoria 429 de 2016 Antioquia, hasta tanto se tome la decisión de fondo en esta tutela”**.

Notificado a las accionadas y vinculadas, las primeras ejercieron su derecho de defensa y contradicción así:

La Alcaldía de Medellín a través de su apoderado judicial indicó que es cierto que la actora 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 - ANTIOQUIA” 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 Enfermero, Código 243, Grado 2, OPEC 44164, para proveer una (1) vacante y que ocupó la posición segunda (2) dentro de la lista de elegibles de la OPEC 44164, según la Resolución N°-20192110071495 del 18 de junio de 2019 de la Comisión Nacional de Servicio Civil- CNSC, con firmeza desde el 05 de julio de 2019.

Que no es cierto que a la misma se le pueda nombrar en un cargo igual o equivalente al de la OPEC 44146 para el que concursó, y así le indicó en la respuesta a la petición que presentó el 18 de noviembre de 2020, suministrada a través de oficio N° 202030448070 del 9 de diciembre de 2020 en el que se le dijo 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" entendiéndose, 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)”*.

Que el cargo para el que ella concursó acorde con la organización de la planta de empleo de la entidad solo tiene una plaza que ya se encuentra ocupada por quien ganó la posición meritaria.

Que en términos similares le contestó la Comisión Nacional del Servicio Civil a la petición que elevó la actora ante dicha entidad, quien además le indicó que *“frente al uso de listas de elegibles para empleos equivalentes el Criterio Unificado en cita, contempla que la provisión de dichas vacantes, únicamente será aplicable a las listas expedidas producto de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y por tanto no resulta procedente su aplicación a las listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria Nro. 429 de 2016-Antioquia”*.

Que de acuerdo al Decreto Ley 785 de 2005, los empleos se identifican con un código de tres dígitos, para el caso concreto, el ENFERMERO se identifica con el código 243; el primero señala el nivel al cual pertenece el empleo y los dos restantes indican la denominación del cargo; a éste se le adiciona hasta dos dígitos más, que corresponde al grado de asignación básica, 24302, cuyo núcleo Básico del conocimiento- NBC, en este caso es específico; que 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 44164 es el 24302003 y, el empleo aludido por la accionante en el cual pretende ser nombrada, es el de la OPEC 44097, cuya denominación y código es diferente, (Profesional Universitario Área Salud- 23702041) lo cual no corresponde al mismo empleo ni es equivalente.

Que la Unidad de Planta de Empleos de la Subsecretaría de Desarrollo Institucional de la Secretaría de Gestión Humana y Servicio a la ciudadanía, realizó el Estudio Técnico APE 176 del 26 de mayo de 2021, donde analizó 2 empleos, entre ellos el aludido por la accionante y que fue declarado desierto dentro de la convocatoria 429 de 2016 y provisto en provisionalidad, estudio en el que se indicó: *“Realizando el análisis en toda la planta de empleos del Municipio de Medellín y según el reporte de empleos vacantes enviada por la Unidad de Gestión Pública, se encontró que existen los siguientes empleos vacantes de Profesional – Enfermero, Código 243 Grado 02 que contienen perfil igual o similar a la OPEC 44164 cuyos requisitos de formación académica son los siguientes (...) arrojando como conclusión que no son iguales ni similares y que dichos empleos no se generaron con posterioridad a la convocatoria 429 de 2016, sino que pertenecen a OPEC que en su momento se reportaron en la misma convocatoria y fueron declaradas desiertas faltando por definir si corresponden al mismo grupo de referencia, lo cual corresponde a la CNSC de acuerdo con el criterio unificado del 22 de septiembre de 2020.*

Que acorde con el Criterio Unificado de la CNSC del 16 de enero de 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, por lo que para el caso de la Convocatoria 429 de 2016 aplica una disposición diferente.

Hizo referencia a la sentencia T-340 de 2020 de la Corte Constitucional en la que se estudió el caso de un elegible que solicitaba ser nombrado en una vacante del mismo empleo (no en uno equivalente) para el cual concursó y que se generó con posterioridad “defensor de familia”, donde la Máxima Falladora dijo:

*(...) Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, **en caso de producirse una vacante para ese empleo**, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley (...).*

*“(...) De hecho, en este punto debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección **aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”**. En este punto no sobra recordar que el pronunciamiento de dicha autoridad goza de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. art. 130)” (Negrita y subrayas fuera de texto)*”.

Que en virtud de dicha sentencia los jueces constitucionales han dado la razón a la Alcaldía de Medellín y la C.N.S.C., para lo cual trajo a colación apartes de varias providencias en las que han sido negadas las pretensiones de los accionantes, que como la señora Silva Viviescas pretendían ser nombrados en cargos equivalentes al que concursaron, pero no el mismo objeto de la convocatoria.

Que en los acuerdos que regularon la convocatoria 429 de 2016 se dijo que el proceso de selección por méritos que se convocaba se regiría por lo establecido en

la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, en el Decreto 760 de 2005, el Decreto 4500 de 2005, Decreto Ley 785 de 2005, decreto 1083 de 2015, la Ley 1033 de 2006 y demás normas concordantes, por lo que no es posible la aplicación de la Ley 1960 de 2019, porque fue expedida con posterioridad al acuerdo de convocatoria 426 de 2016.

Que en el mismo sentido la CNSC expidió el criterio unificado para el uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de junio de 2019 donde se estableció que *“las listas de elegibles conformadas 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 corresponden a los **mismos empleos**, es decir, que corresponden a **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 OPEC.**”*

Que la controversia sobre la aplicación o no de la Ley 1960 de 2019 para la convocatoria 429 de 2016 escapa a la competencia del juez de tutela, por lo que la presente acción es improcedente (folios 2-32 documento 8 “memorial” expediente virtual).

La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) a través de su Asesor Jurídico, manifestó que la acción de tutela es improcedente en virtud del principio de subsidiariedad previsto en el artículo 86 de la C. Política y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, dado que la inconformidad de la actora radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran reglamentadas en los acuerdos del concurso y en

los criterios proferidos por esa entidad, como el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, que son actos administrativos de carácter general, respecto de los cuales la accionante cuenta con un mecanismo de defensa judicial idóneo para controvertirlos, a lo que se agrega que la Corte Suprema de Justicia en algunos de sus pronunciamientos ha sido enfática en señalar la obligatoriedad de las normas encargadas de regir los concursos de méritos y ha dicho que en caso de que alguno de los participantes esté en desacuerdo con dichas pautas el cauce adecuado para impugnarlas por lo general, es la demanda de nulidad de la convocatoria o del acto jurídico en el cual se fundamenta, ante el juez competente, por tratarse de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, no susceptible de acción de tutela, mismo criterio sostenido por la Corte Constitucional.

Que la accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama como tampoco la causación de un perjuicio irremediable.

Que frente al tema de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 frente al uso de las listas y dar efecto retroactivo a la ley para las personas que quedaron en lista de elegibles, el Tribunal Superior de Arauca profirió un fallo declarando la improcedencia de la acción por ausencia del requisito de la subsidiariedad, porque la pretensión del accionante debe ser resuelta por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Que en el caso de la accionante no es posible la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, ya que la misma en su artículo 7° establece que rige a partir de su publicación, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019 y por lo tanto rige hacia el futuro, es decir a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha.

Que las listas de elegibles derivadas de la convocatoria 429 de 2016 que fue aprobada antes de entrar en vigencia la referida Ley, solo pueden ser utilizadas para

proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir vacantes de los “mismos empleos”.

Que mismo empleo corresponde a uno exactamente igual en todos los componentes como denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, siendo ese el requisito *sine quanon* 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 que no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección.

Que el marco la Convocatoria Nro. 429 de 2016, la Alcaldía de Medellín, ofertó una (1) vacante para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 44164 Denominado Enfermero, Código 243, Grado 2, agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. 20192110071495 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.

Que la accionante se inscribió en dicha convocatoria quedando en la posición 2 de una vacante ofertada, según la lista de elegibles y que durante la vigencia de la misma la Alcaldía de Medellín no ha reportado movilidad por haberse configurado alguna de las causales de retiro establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por lo que la vacante se encuentra provista con quien ocupó la posición uno (1) y que tampoco se ha reportado vacante adicional a la ofertada que cumpla con el criterio de “mismos empleos”, por lo que no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles por no encontrarse solicitud de autorización del uso de la misma para proveer vacante alguna.

Con fundamento en lo anterior, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela por no existir vulneración a los derechos de la accionante por parte de la CNSC (folios 3-16 documento 09 “memorial 2” expediente virtual C. 1).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primera instancia decidió “NEGAR por improcedente” la tutela de los derechos fundamentales de petición, al trabajo, debido proceso, a la igualdad y los demás cuya protección solicitó la accionante, aduciendo como fundamentos, que no es factible conceder el amparo, porque, conforme a la jurisprudencia [de la Corte Constitucional] que enunció en la providencia y las respuestas otorgadas por las accionadas no es aplicable para el presente caso la retrospectividad de la norma, toda vez que la convocatoria 429 de 2016 fue ofertada con anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 de 2019, las normas que regían el concurso dispuestas en el artículo 6° del Acuerdo 2016000001356 del 12 de agosto de 2016 no avalaban el nombramiento en cargos similares a los ofertados y la CNSC en cumplimiento del mandato consagrado en el art. 130 de la Constitución Política, como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, el 16 de enero de 2020 fijó el criterio unificado del uso de listas de elegibles conformadas en el marco de procesos de selección aprobadas con anterioridad al 27 de junio de 2019 (vigencia de la Ley 1960 de 2019), que deberá usarse para proveer las vacantes de los empleos que integran la OPEC de la convocatoria y nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, y en tal virtud, y en este caso en concreto el supuesto cargo equivalente según las respuestas allegadas al plenario, no lo es.

Que para la reclamación de las inconformidades de la accionante sobre la equivalencia del cargo o no, cuenta con otra vía judicial y que el hecho de afirmar que su lista de elegibles está a punto de expirar, no es razón suficiente para atender su caso por vía de tutela, más cuando no demostró el perjuicio irremediable ni prueba de haber acudido a la justicia ordinaria como lo es el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con sus correspondientes medidas cautelares.

Que lo discutido por la accionante se encamina a la modificación de unas normas y unos actos administrativos con los cuales se deja ver la no aplicación de la equivalencia de cargos solicitados, desbordando así la órbita de competencia del juez de tutela (folios 1-18 documento 12 “Niega fallo tutela” expediente digital C. 1).

## **LA IMPUGNACIÓN**

La accionante impugnó la sentencia indicando que la *a quo* no analizó los cambios normativos que se han presentado respecto a los derechos de los elegibles en los concursos de méritos adelantados por la CNSC, como tampoco los fundamentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales que fueron expuestos en la solicitud de tutela.

Que con la prueba allegada sí se probó el perjuicio irremediable como también la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación, porque la instauración de un medio de control ante la justicia contenciosa administrativa no sería la solución porque su trámite se demora años.

Que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en ilustrar que pese a que el actor cuente con otros medios de defensa el amparo será viable cuando se advierta o acredite que no son idóneos para otorgar un amparo integral o cuando no se contare con la celeridad necesaria para evitar un perjuicio irremediable, como el que puede ocasionarse en su caso en el evento de que venzan las listas, porque quedaría sin opción para hacerse a un cargo en carrera, siendo un hecho notorio que la Jurisdicción Contencioso Administrativa se demora meses para siquiera admitir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que en razón de lo dicho se debe dar aplicación retrospectiva e incondicional a la Ley 1960 de 2019 que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998,

para lo cual reiteró que han habido pronunciamientos tanto de las Altas Cortes como de otros despachos judiciales en los que se ha acogido el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso.

Luego de transcribir apartes de las decisiones referidas en su escrito, así como de la Sentencia T-340 de 2020 en la que la Corte Constitucional analizó lo atinente a la retrospectividad para la aplicación de la Ley 1960 de 2019, solicitó se revoque la decisión impugnada y en su lugar se acceda a las pretensiones formuladas en la solicitud de tutela (folios 2-21 documento 16 “Memorial” expediente digital C. 1).

## **CONSIDERACIONES**

1.- Es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación formulada contra la decisión adoptada por la Juez de primera instancia, en atención a que es su superior funcional.

La acción de tutela consagrada por el artículo 86 de la Carta Fundamental, ha sido concebida únicamente para la solución efectiva de situaciones de hecho creadas por actos u omisiones de autoridad pública o de particulares en casos específicos, que implican la trasgresión o la amenaza de un Derecho que la misma Constitución ha resaltado como Fundamental y respecto de las cuales el orden jurídico no ha previsto mecanismo alguno para invocarse ante los Jueces y así lograr su protección. De otra forma procede para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias que, por carencia de previsión normativa específica, colocan al ciudadano en clara indefensión frente a actos u omisiones de quien lesiona sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

El problema jurídico que concita la atención de la Sala se circunscribe a establecer si le asistió la razón a la juez de primera instancia al “negar por improcedente” la acción de tutela de los derechos fundamentales cuya protección reclamó la accionante o si, como lo sostiene la impugnante debe revocarse la misma, y ordenar a las accionadas dar aplicación retrospectiva a la Ley 1960 de 2019<sup>2</sup> y proveer el cargo vacante identificado con la OPEC 44097 de la planta de personal de la Alcaldía de Medellín, con la lista de elegibles de la que ella hace parte en el cargo OPEC 44164.

Para resolver, pertinente resulta referirse a los siguientes aspectos:

**2.-** Respecto a la acción de tutela en materia de concursos de mérito, ha dicho la Corte Constitucional: *“...En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el*

---

<sup>2</sup> Que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998

Impugnación acción de tutela

Accionante: Claudia Inés Silva Viviescas  
Accionados: C.N.S.C. y Alcaldía de Medellín  
Radicado: 05 001 3110 013 2021 00379 01

*primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado...”.<sup>3</sup>*

Así mismo, ha dicho la Corte Constitucional que el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”.<sup>4</sup>

Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso- administrativas para cuestionar la legalidad del acto que le genera inconformidad.

**3.-** En el sub júdece, pretende la actora se ordene a las accionadas que sea nombrada en el cargo identificado con la OPEC 44097, nivel profesional, grado 2 adscrito a la planta de personal de la Alcaldía de Medellín y que se encuentra vacante, considerando tener derecho, porque es equivalente al identificado con la OPEC 44164, código 243 (enfermero) ofertado en la Convocatoria 429 de 2016 para

---

<sup>3</sup> Sentencia T 090 de 2013 Corte Constitucional.

<sup>4</sup> Sentencia T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en las sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011 (ambas MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre los mismos requisitos se pueden consultar las sentencias T-629 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1266 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo).

la cual ella se inscribió, aprobó el concurso y quedó en la lista de elegibles conformada mediante Resolución 20192110071495 del 18 de junio de 2019 de la Comisión Nacional de Servicio Civil- CNSC. Lo anterior, en aplicación de la Ley 1960 de 2019 y el Criterio Unificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil emitido el 16 de enero de 2020 en acatamiento de dicha normatividad donde señaló 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”.*

Al replicar la demanda las accionadas manifestaron que aunque es cierto que la accionante participó en el concurso abierto de méritos convocado a través de la referida convocatoria 429 de 2016, habiendo superado las etapas del mismo y ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles de la OPEC 44164, según la Resolución N° 20192110071495 del 18 de junio de 2019, con firmeza desde el 5 de julio de 2019, no le asiste razón al decir que se le puede nombrar en un cargo igual o equivalente como lo pretende, porque, frente al uso de las listas de elegibles para empleos equivalentes, el Criterio Unificado emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020 (complementado el 6 de agosto de 2020) contempló 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”, entendiéndose, 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”.*

Que el empleo en el que solicitó la accionante ser nombrada, vale decir, el de la OPEC 44097, en su denominación y código (Profesional Universitario Área Salud 23702041) es diferente al de la OPEC 44164 denominado Enfermero, código 24302003, razón por la cual, no corresponde al mismo empleo, ni es equivalente.

Así las cosas, al analizar la Sala lo sostenido por la accionante y lo argüido por las accionadas, resulta claro que existe entre ellos una pugna en lo que respecta a considerar que el cargo que actualmente se encuentra vacante (OPEC 44097 - Profesional Universitario Área Salud -23702041) es igual o equivalente al de la OPEC para la cual la accionante se encuentra en segundo lugar en la lista de elegibles (44164- Enfermero-24302003) y en ese orden de ideas, la autoridad llamada por Ley a conocer de los planteamientos de una y otra parte y las expectativas de la actora, es el Juez de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de nulidad, medio de defensa judicial por medio del cual se puede procurar la revocatoria del acto respecto al cual se alega la vulneración, teniendo incluso la posibilidad de *solicitar medidas cautelares* frente al mismo; en la forma indicada por el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011<sup>5</sup> y que en virtud del artículo 233 *ibídem* puede resolverse incluso desde la admisión de la demanda.

Siguiendo este hilo argumentativo, el Juez de tutela está relevado de considerar los planteamientos esgrimidos por la señora Silva Viviescas y las demandadas, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto, esto es, entrar a determinar si en efecto el cargo vacante y el concursado y ganado por la actora en segundo lugar de la lista de elegibles tantas veces referido, son iguales o equivalentes, lo cual, como viene de explicarse, le corresponde a los jueces administrativos.

---

<sup>5</sup> Nuevo Código Contencioso Administrativo.

Al respecto, vale la pena tomar como base lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia al resolver un litigio con aristas similares al que ahora es objeto de estudio *“valga reiterar que, tratándose de concursos de méritos, si bien la tendencia de la Corte Constitucional ha tomado más fuerza frente a la viabilidad de la acción de amparo en ciertos casos, la misma se observa constante tratándose de procesos finiquitados en los cuales, habiéndose consolidado expectativas a favor de los aspirantes, las autoridades encargadas omiten los resultados y los derechos que se ven reflejados en las listas de elegibles; de manera particular, de ser designado en caso de ser el primero de la misma. Situación diferente acaece cuando lo que se pretende, a través de la acción de tutela, es cuestionar una etapa particular del proceso concursal, que es precisamente lo que hace la demandante en el asunto bajo estudio.*

*(...) En el caso del memorialista, tan sólo le asistía una expectativa en la provisión del cargo al cual aspiraba y por ello no puede señalarse de entrada la violación de sus derechos, puesto que no se había configurado en su favor ninguna situación que le confiriera prerrogativa alguna en los términos expuestos en la anterior cita jurisprudencial...”<sup>6</sup>*

De singular importancia en el asunto resulta el hecho de que la accionante contrario a lo por ella sostenido, no acreditó al menos sumariamente, que se le esté irrogando un perjuicio irremediable, circunstancia que tornaría procedente de forma transitoria la solicitud de tutela de sus derechos fundamentales. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-343 de 2001, señaló:

*“Una vez determinado que, en el caso sub-lite existe otro medio de defensa judicial, la sala debe determinar si se presenta un perjuicio irremediable frente al cual la acción de tutela podría actuar como mecanismo transitorio de protección.*

*Debemos precisar el concepto del perjuicio irremediable y determinar si se produce en el presente caso.*

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas No.1. M.P. Dr. Gustavo Malo Fernández. STP1269-2015. Radicación No. 77570

*Esta Honorable Corporación en sentencia T-554/98 lo definió: “... perjuicio irremediable es aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior. De otro lado, la Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando concurren los siguientes requisitos:*

*(1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo debe ser grave, esto es, que una vez que aquel que se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergradable.”*

(...)

***Las consideraciones sobre la lentitud y morosidad de los procesos administrativos no pueden conducir a la configuración de un perjuicio irremediable por cuanto el proceso judicial, en cualquiera de sus manifestaciones, requiere de un cierto tiempo, entre otras razones, por la necesidad de preservar garantías constitucionales de las partes. La congestión judicial y demoras de los procesos es una realidad innegable, que aun cuando es necesario corregir en la medida de lo posible, imponen para las partes una carga que deben asumir, salvo en los casos en que excepcionalmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha identificado para la defensa de los derechos fundamentales. No puede el juez de tutela, sin vulnerar el derecho a la igualdad y sin que realmente concorra la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, alterar esa situación para conocer en sede de tutela, de manera anticipada y sumaria, lo que debe ser objeto de decisión por el juez ordinario.”***  
(Negrillas fuera del texto original).

Por esta deriva, la solicitud de tutela que se analiza desemboca en la hipótesis de improcedencia de que trata el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, en armonía con el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, como lo expresó la *a quo* en la sentencia de primera instancia. Sin embargo, habrá de revocarse la decisión, para en lugar de negar la tutela de los derechos fundamentales cuya protección reclamó la accionante, declarar la improcedencia de la acción. Se adicionará para levantar la medida provisional decretada en el auto del 25 de mayo de 2021, aspecto sobre el cual omitió pronunciarse la *a quo*. Ofíciense a las autoridades accionadas comunicando el levantamiento de la citada medida.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión de Familia, administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional, **F A L L A: REVOCA** la sentencia proferida por la Juez Trece de Familia de Oralidad de Medellín, el 8 de junio de 2021, dentro de la acción de tutela promovida por Claudia Inés Silva Viviescas, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Alcaldía de Medellín, a la que fueron vinculados los integrantes de la lista de elegibles de la convocatoria 429 de 2016, Antioquia, OPEC 44164 denominado Enfermero, código 243, grado 02, que negó el amparo de los derechos fundamentales cuya protección solicitó la accionante, para en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción, por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia. **ADICIONA** la misma para **LEVANTAR** la medida provisional que había sido decretada por la *a quo*, en auto del 25 de mayo de 2021. Ofíciense en tal sentido a las entidades accionadas.

**NOTIFIQUESE** esta decisión a las partes por el medio más expedito posible y, posteriormente, **ENVÍESE** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual

revisión para lo cual se atenderá lo indicado en el Acuerdo PCSJ20-11594 del 13 de julio de 2020.

**NOTIFÍQUESE**



**LUZ DARY SANCHEZ TABORDA**  
**Magistrada Ponente**



**GLORIA MONTOYA ECHEVERRI**  
**Magistrada**



**EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCIA**  
**Magistrado**