

REPÚBLICA DE COLOMBIA



*RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO
Manizales-Caldas*

Diecisiete de febrero de dos mil veintidós (17-02-2022)

FALLO DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA No. 017

RADICADOS:	17001-31-04-005-2022-00014
ACCIONANTE:	FRANCIA LORENA ARCILA VALENCIA
ACCIONADO:	DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -DTSC- COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir la sentencia que corresponde dentro la acción de tutela presentada por **FRANCIA LORENA ARCILA VALENCIA** en contra de la **DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -D.T.S.C-** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -C.N.S.C-**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, a acceder al cargo mediante concurso público de méritos y primacía de la constitución política, y mínimo vital.

2. HECHOS

2.1 Para mejor comprensión del asunto el Despacho se permitirá transcribir los hechos narrados por la accionante en el escrito de tutela:

“PRIMERO El acuerdo No. CNSC 20181000004636 DEL 14-09-2018 establece las reglas del concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, proceso de selección número 698 de 2018- Convocatoria Territorial Centro Oriente, donde me inscribí a LA OPEC 63654 AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 2 DE LA DTSC.

SEGUNDO: La suscrita accionante superó todas las etapas del concurso público de méritos adelantado por la CNSC y a la fecha hago PARTE DE LA LISTA DE ELEGIBLES EN FIRME, CONFORMADA MEDIANTE LA RESOLUCIÓN NÚMERO 20202230028035 DEL 14 DE FEBRERO DE 2020, CORRESPONDIENTE A LA OPEC

63654 AUXILIAR ADMINISTRATIVO GRADO 2 DE LA DTSC, LISTA QUE YA FUE USADA PARA LOS TRES PRIMEROS PUESTOS EN CONSIDERACIÓN A QUE LUEGO DE SURTIRSE EL CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS SE HAN PRESENTADO VARIAS VACANTES EN LA ENTIDAD Y POR ESO A TRAVÉS DE ACCIONES DE TUTELAS DE LOS SEÑORES JORGE ARMANDO ALMANZA Y DIANA CRISTINA HERNÁNDEZ ESTOS FUERON POSESIONADOS, FALTANDO SOLO LA SUSCRITA ACCIONANTE PARA SER POSESIONADA EN EL CARGO DE AUXILIAR QUE HOY ESTÁ EN ENCARGO DEL SEÑOR MARINO BUITRAGO.

TERCERO: En consonancia con lo anterior, la lista de elegibles de la OPEC 63654, de la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, ocupé la cuarta posición de la lista de elegibles identificada con el número 20202230028035 de fecha 14 de febrero de 2020 y al posesionarse los tres primeros en la lista como se me ha informado a través de la DTSC y despachos judiciales donde me he encontrado vinculada con ocasión a fallos judiciales que han ordenado el nombramiento en periodo de prueba de señores ALMANZA Y HERNÁNDEZ, ya me encuentro en primer lugar para ser nombrada en otra vacante del mismo grado y nivel de la Dirección Territorial de Salud de Caldas y que viene siendo ocupada por encargo del señor MARINO BUITRAGO.

CUARTO: Al presentarse la vacancia del cargo de carrera administrativa, es obligación legal, que la Dirección Territorial de Salud de Caldas, proceda a proveer el cargo que se encontraba en vacancia, con lista de elegibles vigente para el cargo de auxiliar, del que yo hago parte y es por ello, que lo que debía haber realizado la DTSC, para proveer la vacancia presentada, era efectuar el correspondiente NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA CON MI LISTA DE ELEGIBLES VIGENTE Y DAR POR TERMINADO EL ENCARGO DEL SEÑOR MARINO BUITRAGO, PUES REITERO MI LISTA DE ELEGIBLES YA HA SIDO UTILIZADA PARA TRES PERSONAS, DOS DE ELLAS GRACIAS A LA UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE LA CNSC DE CARGO IGUAL O EQUIVALENTE Y LA INTERPOSICIÓN DE ACCIONES CONSTITUCIONALES, COMO LA QUE HOY PRESENTO.

QUINTO: Conforme a las prescripciones de la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, PARÁGRAFO 2. Estipula entre otros que: "...previo que a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.

SEXTO: Pero presuntamente, la obligación señalada en la norma enunciada, en el hecho anterior presuntamente, ha sido omitida flagrantemente por la Dirección Territorial de Salud de Caldas, y esto ha permitido a la entidad encargar al señor MARINO BUITRAGO ciudadano contra el cual no tengo nada en contra, pues hasta donde tengo conocimiento es cumplidor de su deber por más de 30 años, que lleva laborando en la entidad, pero el encargo debe darse por terminado para dar paso a la utilización de la lista de elegibles y el volver al cargo del que es titular que es el de ayudante que a la fecha está provisto en provisionalidad que también podría ser una opción en mi caso para ser nombrada, pues tiene funciones equivalentes y su salario es similar conforme a las prescripciones legales y al existir la lista de elegibles vigente

como la mía era deber utilizarla, como reitero ya fue utilizada en los señores HERNÁNDEZ Y ALMANZA faltando solo yo para ser nombrada en cargo igual o equivalente que podría ser el AUXILIAR o el de AYUDANTE que está en provisionalidad, pues se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente, caso que se presenta en la DTSC con los niveles auxiliar y ayudante 3 y que es lo que ha permitido al señor MARINO ASCENDER EN ENCARGO AL DE AUXILIAR POR ENDE PODRIA OTORGARSEME EL CARGO DE AYUDANTE QUE HOY ES OCUPADO EN PROVISIONALIDAD POR 2 PERSONAS.

SÉPTIMO: Considero señor Juez, de manera respetuosa y atenta que este encargo a la fecha es vulnerador de mis derechos, pues reitero existe mi lista de elegibles vigente y por ello debe darse por terminado y no perpetuado en el tiempo más de 7 años el encargo del señor MARINO BUITRAGO, contrario a ello se me violarían mis derechos de acceder a un cargo de carrera administrativa, por méritos, pues la vacancia que se presenta en la entidad y que ha permitido el encargo del señor BUITRAGO, la pueden cubrir reitero con mi lista de elegibles vigente y es lo que solicito a usted Señor Juez, comedidamente estudie, pues es mi deseo y mi sueño pertenecer a carrera administrativa y darle una vida digna a mi hija VALERIA CASTILLO ARCILA y gozar de la protección reforzada del estado para personas como yo madres cabezas de familia.

OCTAVO: Es por ello que es procedente que se me nombre en cargo igual o equivalente al de la OPEC 63654, en la Dirección Territorial de Salud de Caldas, entidad a la que me presenté en el concurso público de méritos, OPEC que se encuentra en la misma entidad y ciudad, tiene el mismo salario, función, pues allí hay una vacante ocupada por encargo y otra de ayudante en provisionalidad, además de que están pendientes las aceptaciones de renuncias de otras titulares de cargos iguales o equivalentes como la señora ALBA ROCIO GONZÁLEZ, para gozar de su pensión de vejez y que no han sido aceptadas presuntamente esperando a que se venza la lista de elegibles, para poder nombrar en provisionalidad.

NOVENA: Cabe resaltar señor Juez que al cargo al que me presente es de nivel asistencial grado 2 y cuento a la fecha, con derecho preferente a ser nombrada en una vacante de Auxiliar Administrativo y/o el de ayudante ocupado en provisionalidad, así este no haya sido objeto inicialmente, de oferta en el concurso público de méritos en la Dirección Territorial de Salud de Caldas, o se encuentre vacante por renuncia de su titular caso que se presenta en la Dirección Territorial de Salud de Caldas, donde hay una funcionaria que presuntamente ya renunció a su cargo de auxiliar, pero que se está a la espera de la aceptación de la renuncia, es decir hay una OPEC en encargo, otra en provisionalidad y otra pendiente de ser aceptada la renuncia y es por eso que se hace necesario que dichos cargos sean asignados a personas que ya superamos el concurso público de méritos y nos encontremos a la fecha en listas de elegibles vigentes

como en mi caso, además las vacantes son las mismas de la OPEC a la que concursé y por ello solicito comedidamente ser nombrada en cualquiera de ellas.

DÉCIMA: Cabe reiterar que conforme a la normatividad legal vigente y los conceptos emitidos por la CNSC y el Consejo de Estado, aceptan que las entidades públicas en este caso la Dirección Territorial de Salud de Caldas, puedan disponer de las lista de elegibles para ser usadas para proveer dichos cargos como ya lo hizo con el caso del señor JORGE ALMANZA Y DIANA CRISTINA HERNÁNDEZ, con las personas de carrera administrativa que hayamos superado el concurso público de méritos y nos encontremos en lista de elegibles vigentes, caso en el que me encuentro pues a la fecha ostento la primera posición en la lista para ser nombrada, en un cargo igual o equivalente al que participé es decir Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 2, aquí es importante mencionar que yo ya he elevado solicitud a la CNSC mediante derecho de petición para la utilización de mi lista de elegibles, el cual ya fue resuelto negativamente bajo el argumento de la inexistencia de vacantes, pero 4 que viola flagrantemente mi derecho de acceder a cargos públicos por méritos, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas así como el acceso a cargos públicos por méritos, debido proceso, protección de los niños, Subsistencia, mínimo vital, adicionalmente he impetrado varios derechos de petición a la DTSC, pero todos me han sido negados con el argumento de que no existe vacante en el cargo pero si existen encargos y una provisionalidad que yo podría ocupar, pero las entidades aquí demandadas han sido renuentes y nada se me ha informado sobre la renuncia de pensionables, como el caso presuntamente de la señora ALBA ROCIO GONZALEZ, por lo cual acudo a su señoría para la protección de mis derechos fundamentales en igualdad de condiciones de los casos de DIANA CRISTINA HERNÁNDEZ Y JORGE ARMANDO ALMANZA.

DÉCIMA PRIMERA: Al presentarse la vacancia en el cargo que ocupa el señor MARINO BUITRAGO en el cargo de auxiliar el cual reitero ocupa en encargo desde hace más de 6 años, es deber de la entidad, proveerla con listas de elegibles vigentes dado que esta existe y en la mía, cumpliendo con los requerimientos mínimos exigidos para que se proceda a mi nombramiento en periodo de prueba de la opec y/o vacante en carrera administrativa.

DÉCIMA SEGUNDA: Al haberse agotado todas las posibilidades administrativas ante las entidades aquí demandadas, pues la CNSC y la DTSC, han desconocido mis derechos como elegible y con el fin de evitar el perjuicio irremediable que se ocasiona, con la interposición de una demanda contenciosa que dura años, pues las listas de elegibles vencen en dos años y la mía está próxima a expirar el próximo 14 de febrero de 2022, en caso de no ampararme sin lugar a dudas se me generaría un perjuicio irremediable, como el que pudiere ocasionarse aquí, en el evento que venzan las listas y no poder acceder a un cargo de carrera administrativa, es que es procedente que usted en el ámbito de su competencia, proceda a amparar mis derechos, máxime cuando hay suficiente jurisprudencia constitucional que así lo respalda como es la sentencia T-652 DE 2016 ENTRE OTRAS.

DÉCIMO SEGUNDO: Así las cosas señor Juez acudo a su señoría para que proteja mis derechos y ordene a las entidades aquí demandadas, a respetar mi derecho preferencial a ser nombrado en las vacancia definitivas presentadas y que fueran

declaradas desiertas dado que cuentan con las mismas funciones y propósitos a la OPEC que me presenté, es por eso que se hace necesario que en dicho cargo sea asignada a una persona que ya hubiera superado el concurso público de mérito como en mi caso y que me encuentre a la fecha en lista de elegibles vigente en primer lugar, aclarando que desde tiempo atrás he efectuado los trámites para ser nombrada pero no ha sido posible que se autorice el uso de mi lista de elegibles.

DÉCIMA TERCERA: Cabe reiterar que conforme a la normatividad legal vigente y los conceptos emitidos por la CNSC y el Consejo de Estado, aceptan que las entidades públicas en este caso la DTSC, puedan disponer de las lista de elegibles vigentes para ser usadas para proveer los cargos con las personas que hayamos superado el concurso público de méritos y nos encontremos en lista de elegibles vigentes, caso en el que me encuentro pues a la fecha ostento la primera posición en la lista que se conformó en su debido momento y que fuera debidamente notificada y por ende puedo ser nombrada en un cargo igual o equivalente al que participé, es decir, nivel auxiliar con igual propósito, funciones y hasta salario.

DÉCIMA CUARTA: Al haber agotado todas las instancias posibles, para lograr mi nombramiento en cargo igual y equivalente, veo que lo único que me queda es que usted señor Juez evalúe mi situación y los fundamentos que formularé como sustento de la violación de mis derechos y ordene antes de que venza la vigencia de mi lista mi nombramiento en una de las vacantes presentadas que corresponde al mismo empleo, al que me presenté esto es atendiendo la expresión "MISMOS EMPLEOS" utilizado en el Criterio de la CNSC, entendiéndolos con las características de igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones ubicación geográfica, como es aplicable a mi caso y que se encuentra regulado por demás, en la Ley 1960 de 2019 y definidos por el Artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015 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 Función Pública", el cual en su artículo 2.2.11.2.3 DETERMINÓ EL CONCEPTO DE "CARGOS Equivalentes" así: "Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente."

3. PRETENSIONES

3.1 Solicitó la tutela de sus derechos fundamentales invocados y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas, "...expedir mi acto administrativo de nombramiento, para proceder así a mi posterior posesión en cargo igual o equivalente al de la OPEC 63654, denominado Auxiliar Administrativo del sistema general de carrera administrativo de la DTSC, ofertado a través de la convocatoria 698 de 2018 y que es de nivel auxiliar, grado 02 que cuenta con misma ubicación geográfica, con mismo salario, funciones, propósito, por

asistirme derecho preferente a ser nombrada en una vacante ocupada hoy en encargo o su equivalente la de ayudante ocupada hoy en provisionalidad.”

3.2 A su vez, solicitó que mediante medida provisional fuese suspendido el vencimiento del término de la lista de elegibles en firme, conformada mediante la resolución número 20202230028035 del 14 de febrero de 2020, correspondiente a la OPEC 63654 para proveer el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 2 de la Dirección Territorial de Salud de Caldas

4. TRÁMITE ADELANTADO

4.1 La tutela fue admitida mediante Auto 026 del 04 de febrero de 2022, en el que se decretó la práctica de pruebas y se dispuso la notificación y el traslado del escrito tutelar a las entidades accionadas.

4.2 Así mismo, se decretó la medida provisional reclamada.

5. RESPUESTA DE LA ENTIDADES ACCIONADAS

5.1 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL:

A través del Jefe de Oficina de Asesora Jurídica, contestó:

i) Se comprobó que en el marco del Proceso de Selección Nro. 698 de 2018, la Dirección Territorial de Salud de Caldas ofertó una (1) vacante para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 63654 Denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 2, ahora bien, una vez, agotadas las fases del concurso mediante Resolución Nro. 20202230028035 del 14 de febrero de 2020 se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada, lista que teniendo en cuenta tanto lo dispuesto en el Criterio Unificado de Sala de Comisionados del 12 de julio de 2018 como lo instituido en el numeral 12 del artículo segundo del Acuerdo Nro. 0165 de 2020, estará vigente hasta el 26 de febrero de 2022.

ii) Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, no se ha reportado movilidad de la lista, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritosa de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Por lo tanto, la vacante ofertada se presume provista con quien ocupó la posición 1.

iii) Lo atinente al estado actual de las vacantes definitivas habrá de ser resuelta por la entidad nominadora, toda vez que dicha información es del resorte exclusivo de la misma, comoquiera que la administración de éstas constituye información institucional propia de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, sin que para esto deba mediar actuación alguna por parte de la Comisión Nacional, careciendo así de competencia para dar respuesta a dicha solicitud.

iv) Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO y de conformidad con lo erigido en la Circular 001 de 2020 se constató que durante la vigencia de la lista la Dirección Territorial de Salud de Caldas, con ocasión de dos fallos judiciales ha reportado la existencia de dos (2) vacantes definitivas que cumplieron con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de marras. Por lo anterior, esta Comisión Nacional ha autorizado a la Dirección Territorial de Salud de Caldas a realizar el nombramiento en periodo de prueba de los elegibles de las posiciones 2 y 3 de la lista de elegibles de la OPEC 63654

v) Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se corroboró que la señora Francia Lorena Arcila Valencia ocupó la posición cuatro (4), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nro. 20202230028035 del 14 de febrero de 2020, en consecuencia, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Es por esto por lo que se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

vi) En el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna de conformidad con lo reportado con la entidad, en consonancia con lo erigido 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”.

vii) En virtud de las competencias y funciones otorgadas por la Constitución Política de Colombia y la Ley 909 de 2004, la CNSC y la Dirección Territorial de Salud de Caldas, suscribieron el Acuerdo No. CNSC – 20181000004636 del 14 de septiembre de 2018, “Por el cual se establecen las reglas del Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de La DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS “Proceso de Selección No. 698 de 2018 – Convocatoria Territorial Centro Oriente” para proveer las vacantes definitivas de carrera administrativa de la planta de personal de dicha entidad.

viii) Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, se logró constatar que la señora FRANCIA LORENA ARCILA VALENCIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 30235182, concursó con el ID 179153250, para el empleo de nivel Asistencial, identificado con el No. OPEC 63654, denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 2, correspondiente al Proceso de Selección 698 de 2018 de la Dirección Territorial de Salud de Caldas en la Convocatoria Territorial Centro Oriente, quien ocupó la cuarta (4) posición con 56,9 puntos en la Lista de Elegibles conformada y adoptada mediante Resolución No. CNSC – 20202230028035 del 14 de febrero de 2020, “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer UN (1) vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 63654, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, Proceso de Selección No. 698 de 2018 – Convocatoria Territorial Centro Oriente”, la cual cobró firmeza el 27 de febrero de 2020 con vigencia hasta el 26 de febrero de 2022.

ix) la Lista de Elegibles conformada y adoptada mediante Resolución No. CNSC – 20202230028035 del 14 de febrero de 2020, “Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer UN (1) vacantes definitivas del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 2, identificado con el Código OPEC No. 63654, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, Proceso de Selección No. 698 de 2018 – Convocatoria Territorial Centro Oriente”, pierde vigencia el 26 de febrero de 2022, razón por la cual, dicha Lista de Elegibles, puede ser utilizada hasta dicha fecha por la Dirección Territorial de Salud de Caldas para la provisión de vacantes que cumplan con el criterio de “mismos empleos”.

x) Así las cosas, la Lista de Elegibles que integra la accionante, deberá usarse durante su vigencia para proveer: 1. Las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC de la respectiva convocatoria. 2. Para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos. Para hacer uso de Listas de Elegibles sobre nuevas vacantes de los mismos empleos ofertados, deberá mediar solicitud expresa por parte de la entidad, quien además deberá apropiarse y cancelar el costo previsto para el uso de las listas de elegibles. En caso de ser procedente la autorización, la CNSC emitirá la misma para que la entidad proceda con el nombramiento y posesión del elegible. Se insiste que la solicitud debe versar sobre mismos empleos y no sobre empleos equivalentes como pretende la accionante. En concreto, la entidad deberá realizar la solicitud mediante oficio a esta Comisión Nacional, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No. 20191000000117 del 29 de julio de 2019. Es pertinente indicar que, hasta el momento en esta Gerencia no obra solicitud de uso de listas de elegibles por parte de la Dirección Territorial de Salud de Caldas para proveer vacantes del empleo ofertado con el código OPEC 63654 y desconoce la existencia de la vacante que alude la accionante.

5.2 DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS:

Respondió mediante Abogado Profesional Universitario, destacando las siguientes consideraciones:

i) La accionante faltó a la verdad al afirmar que la lista de elegibles publicada por medio de la Resolución No. CNSC – 20202230028035 del 14 de febrero de 2020 pierde su vigencia el 14 de febrero de 2022, ya que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil es quien está acreditando de manera oficial que esta lista adquirió firmeza el 27 de febrero de 2020 y su fecha de vencimiento es el 26 de febrero de 2022.

ii) Confirma la participación de la accionante en el concurso de méritos referenciado y la ubicación como cuarta en la lista de elegibles, informando además que, participó en la OPEC 63654 donde solo se ofertó un (1) cargo, empleo que fue provisto en debida forma por la DTSC, por la señora LINA MARCELA MORALES VASQUEZ, primera en lista de elegibles.

iii) Los fallos que refiere la accionante y que ordenaron la vinculación de JORGE ARMANDO ALMANZA LOAIZA y DIANA CRISTINA RAMIREZ HERNANDEZ obedecen a situaciones fácticas totalmente diferentes, toda vez que los puestos provistos con sus nombramientos se encontraban en vacancia definitiva y en el caso puntual el cargo asignado a DIANA CRISTINA RAMIREZ HERNANDEZ estaba provisto en provisionalidad, mientras que el cargo que actualmente ocupa el señor MARINO BUITRAGO CASTAÑO a la presente fecha lo ostenta en encargo por vacancia temporal, ya que la titular (MARCELA MARIA TORRES) de este cargo se encuentra también en encargo ocupando otro de mayor jerarquía, por lo tanto la DTSC se encuentra en el deber legal de garantizar a MARCELA MARIA TORRES la disponibilidad del cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 2; en caso que por algún motivo termine su encargo y deba retomar el puesto del cual es la titular.

iv) Si bien es cierto que aquellas personas fueron nombradas y posesionadas en cumplimiento de unos fallos de tutela, también es cierto que tales fallos obedecen a otra realidad jurídica que no es la misma a la presente fecha, a tal extremo que si los casos se analizaran nuevamente con los novísimos fallos de la Corte Constitucional, donde se han dispuesto una serie de sub reglas para aplicar la Ley 1960 de 2019, muy probablemente tales fallos serian adversos a los intereses de los accionantes.

v) Resulta incorrecta la apreciación de la accionante que sugiere la DTSC no ha cumplido su labor de reportar cargos en vacancia temporal o definitiva, así como de los movimientos de personal que internamente se produzcan, sobre lo cual debemos afirmar categóricamente que las obligaciones a cargo de la DTSC se han realizado rigurosamente respetando todas las reglas sobre administración de talento humano.

vii) Los cargos indicados por la accionante no son equivalentes ya que sus manuales de funciones son totalmente diferentes al del cargo por el cual concursó, aportando como archivo adjunto los respectivos manuales de funciones, donde se evidencia con total claridad que las funciones de los diferentes cargos son totalmente diferentes haciendo imposible la aplicación de equivalencias funcionales.

viii) Las funciones del cargo por el cual concursó la accionante por un cargo vacante, no son las mismas de los cargos en los que pretende ser ubicada, así mismo tampoco es cierto que hay renunciaciones pendientes, contrario a ello y con mucha anterioridad de esta acción de tutela la servidora pública ALBA ROCIO GONZALES por escrito y en ejercicio de sus derechos como funcionaria de Carrera Administrativa, manifestó su deseo de continuar en el cargo hasta la edad máxima de retiro forzoso (70 años) lo anterior en armonía con los artículos 1 y 2 de la Ley 1821 de 2016, situación que pretende ignorar la accionante.

ix) Por medio de los oficios GA-120-CU-6944-2021 del 17 de septiembre de 2021 y el GA-120-CU-7712-2021 del 15 de octubre de 2021, a la accionante se le informó de manera amplia y suficiente sobre los cargos que han sido provistos, los que están en vacancia y de la situación administrativa de cada uno de ellos, escenario que no ha cambiado hasta la presente fecha.

x) De manera errónea la accionante interpreta y pretende imponer otros fallos como camisa de fuerza ante la decisión de su caso particular, ignorando las sub reglas que actualmente existen para que pueda colegirse la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 del 2019, para ello se debe tener en cuenta lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia T-340 de 2020, que fue analizado en una providencia posterior, donde la Corporación de Cierre expuso que para acceder al nombramiento de una persona que hace parte de un registro de elegibles, aplicando el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

“a. La Ley 1960 de 2019 hubiese entrado en vigencia para el fallo de segunda o única instancia que se revisa por parte de la Corte, esto es, en la que se amparó el derecho y ordenó el nombramiento del actor (el 27 de junio de 2019).

b. Para esa misma fecha, la lista de elegibles se encontrara vigente.

c. El accionante fuese el siguiente en el orden de la lista de elegibles.

d. El cargo en el que aspiraba a ser nombrado se encontrara en vacancia definitiva, y estuviese sin nombramiento alguno o provisto en encargo o en provisionalidad.

e. El cargo en cuestión fuese equivalente al inicialmente ofertado, es decir, que correspondiera de la denominación, grado, código y asignación básica”. (Sentencia T-081 de 2021).

xi) Analizados los cargos vacantes del nivel asistencial, en cuanto a denominación, código, grado y asignación salarial, se puede concluir que la accionaria no cumple con el literal d) y e) de la sentencia de la Corte Constitucional T-081 del 2021, por lo que no es procedente solicitar el uso de lista de elegibles por cargos iguales o similares conforme el artículo 6 de la Ley 1960 del 2019.

5.3 MARCELA MARÍA TORRES c.c 30.306.174:

Vinculada al trámite, presentó su oposición frente a las pretensiones de la accionante exponiendo entre otros, lo siguiente:

i) En mi condición de titular del empleo denominado auxiliar administrativo código 407, grado 02, hoy ocupado en encargo por el señor MARINO BUITRAGO CASTAÑO, considero que no es dable que este sea provisto en propiedad a favor de la señora ARCILA VALENCIA, ya que este no se encuentra en vacancia definitiva.

ii) Lo anterior se sustenta en el hecho que actualmente, desde el día 21 de agosto de 2015, me vengo desempeñando en situación administrativa de encargo en el empleo técnico operativo, código 314, grado 3; por lo tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la ley 909 de 2004, al separarme temporalmente del empleo de carrera, del que soy titular, este ha sido provisto en encargo por el señor MARINO BUITRAGO CASTAÑO, por una vacancia temporal toda vez que quien ostenta derechos de carrera administrativa en el empleo antes citado es mi persona, situación que se debe garantizar hasta tanto no desaparezca situación administrativa que temporalmente ejerzo.

iii) En consecuencia, el señor Marino Buitrago se encuentra ocupando el cargo del que soy titular por haber quedado este en vacancia temporal y haber sido asignado en encargo separándose de las funciones del empleo del cual es titular, ello de conformidad con el artículo 2.5.5.2.2. de Decreto 1083 de 2015.

iv) Es deber de la entidad garantizar el derecho que meritocráticamente adquirí en relación con el cargo que persigue la accionante; toda vez que el señor Buitrago, como la suscrita, nos encontramos ostentando nuestro derecho a encargo y por magisterio de la ley no nos pueden afectar nuestros derechos de carrera de conformidad con el artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015.

v) El fallador no debe prevaricar nombrando a la accionante en ninguno de los dos empleos ocupados a la fecha por, máxime cuando la lista de elegibles que solicita que sea utilizada, no se puede utilizar dado que el empleo al que se aspira no se encuentra en vacancia definitiva, por lo ya anteriormente señalado.

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1 COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 4º del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 – Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017, el inciso segundo del numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 y el numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela, por cuanto la C.N.S.C es un órgano constitucional, autónomo e independiente de las ramas del Poder Público, de carácter permanente del nivel **nacional**, dotada de autonomía administrativa, personalidad **jurídica** y patrimonio propio.

6.2 EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Antes de la formulación del problema jurídico, el Despacho analizará el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad en la acción presentada por la accionante.

Para ello, se estudiará si en el presente asunto se demuestran los presupuestos de: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) inmediatez; y (iv) subsidiariedad, para que, una vez se verifique su observancia, si es del caso, proceder a formular el respectivo problema jurídico que permita realizar el examen de las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales invocados.

6.2.1 Legitimación por activa

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede presentar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que ésta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

En el presente caso, la accionante, acude a la acción de tutela en su propio nombre, en pro de reclamar la protección de sus derechos fundamentales, por lo tanto, se encuentra legitimada para el efecto.

6.2.2 Legitimación por pasiva

El mismo artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, establecen que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares. Así, la legitimación pasiva se entiende como la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada.

En el caso objeto de análisis, se observa que las entidades accionadas son las que están desplegando las actuaciones administrativas que presuntamente han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, con lo cual están legitimadas en el extremo pasivo para responder a la presente acción.

6.2.3 De cara al requisito de la **inmediatez**, no obra dificultad, toda vez que, la accionante sitúa el origen de la vulneración, en el hecho de que las autoridades accionadas, no la hubiesen nombrado en el cargo auxiliar administrativo, código 407, grado 2, el cual actualmente está ocupado en encargo por el señor Marino Buitrago. Así entonces, el hecho generador de la presunta vulneración no es una acción propiamente dicha, sino una omisión que sigue presentándose al momento en que la accionante instauró la tutela. Esto es, que la lista de elegibles contenida en la RESOLUCIÓN NÚMERO 20202230028035 DEL 14 DE FEBRERO DE 2020, CORRESPONDIENTE A LA OPEC 63654, no ha sido utilizada para proveer el cargo en mención u otro equivalente.

6.2.4 Subsidiariedad

Pretender que la accionante acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en este caso, para la interposición de una acción de cumplimiento, resulta ineficaz; esto por cuanto de la respuesta ofrecida por la D.T.S.C, en la cual por demás corrige el yerro en que incurrió la accionante en cuanto a la fecha de vencimiento de la lista de elegible en la que esta figura, está próxima a perder vigencia.

Así pues, recuérdese que, la lista de elegibles contenida en la RESOLUCIÓN NÚMERO 20202230028035 DEL 14 DE FEBRERO DE 2020, CORRESPONDIENTE A LA OPEC 63654, vence el próximo 26 de febrero de 2022.

En tal sentido, resulta más que probable que, de acudir a la jurisdicción contenciosa, y en caso de que la decisión que allí se adopte sea favorable a los intereses de la tutelante, aquella no tenga más que una finalidad resarcitoria; esto porque para ese momento, la lista ya habrá perdido su vigencia y, por tanto, la expectativa de ser nombrada en el cargo pretendido, se habrá visto frustrada.

6.2.5 Teniendo en cuenta las circunstancias que dieron lugar a la acción de tutela y el material probatorio aportado tanto por la accionante como por las entidades accionadas y demás vinculadas, deberá el Despacho establecer si se vulneraron los derechos al trabajo en relación con el mérito y al acceso y ejercicio de cargos públicos, como consecuencia de no utilizar la lista de elegible en la que se encuentra la señora FRANCIA LORENA ARCILA VALENCIA para proveer el cargo de cargo auxiliar administrativo, código 407, grado 2, el cual actualmente está ocupado en encargo.

6.2.6 Para resolver el anterior planteamiento (i) se reiterará la jurisprudencia de la Corte en torno al principio del mérito consagrado en el artículo 125 de la Constitución; (ii) se expondrán las reglas para la provisión de empleos de carrera, la modificación incluida por el artículo 6 de la Ley 1960 y, finalmente (iv) se procederá con el estudio del caso en concreto.

La reciente Sentencia **T- 081 de 2021**, analizó los temas a tratar de la siguiente manera:

“El principio del mérito en la Constitución Política

63. El artículo 125 de la Constitución Política establece que,

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. // Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. // El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. // El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley (...)”.

Sin perjuicio de la decisión popular adoptada en el plebiscito del 1 de diciembre de 1957, con el artículo 125 de la Constitución Política expedida en 1991, se elevó a rango constitucional el principio del mérito para la designación y promoción de los servidores públicos. En esa medida, el nombramiento en cargos públicos se realiza, por regla general, en virtud del examen de las capacidades y aptitudes de una persona a través de un concurso público, como mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito, el cual, precisamente con fundamento en la voluntad popular de 1957 y que fue reiterada por el Constituyente en 1991, ha sido entendido como un eje temático definitorio o sustancial de la Constitución Política¹⁰⁶¹. Así pues, su fundamento aparece en el artículo 7 del Decreto Legislativo No. 0247 del 4 de octubre de 1957, en el que, pese a la dinámica partidista en la que estaba inserto, disponía que “*en ningún caso*

la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o si destitución o promoción.”

64. De acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, la parte orgánica del Texto Superior se determina y se encuentra en función de la parte dogmática del mismo^[107]. Este supuesto se traduce en que la estructura del Estado debe responder y garantizar los principios, fines y derechos consagrados en la Constitución. Con fundamento en esto, el artículo 209 de la Constitución determina que la función administrativa “*está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*”. En concreto, la efectiva y eficiente prestación del servicio, orientada a la satisfacción de los intereses públicos, supone que la provisión de cargos se realice con fundamento en el principio del mérito^[108].

Entonces, salvo que la Constitución o la ley determinen expresamente para la provisión del cargo alguna de las otras modalidades^[109], está deberá realizarse por medio de un proceso de selección. Esta exigencia superior tiene como finalidad:

“(i) contar con una planta de personal idónea y capacitada que brinde sus servicios de acuerdo a lo solicitado por el interés general; (ii) tener a su disposición servidores que cuenten con experiencia, conocimiento y dedicación, los cuales garanticen los mejores índices de resultados y; (iii) garantizar que la administración esté conformada con personas aptas tanto en el aspecto profesional como de idoneidad moral, para que el cargo y las funciones que desempeñen sean conforme a los objetivos que espera el interés general por parte de los empleados que prestan sus servicios al Estado. // Conforme a lo anterior, esta Corporación ha indicado que al institucionalizar e implementar el régimen de carrera se pretende garantizar la idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para lograr los fines y objetivos del Estado Constitucional de Derecho tales como servir a la comunidad, satisfacer el interés general y la efectividad de principios, valores, derechos y deberes contenidos en la Constitución y de esta manera evitar vicios como el clientelismo, favoritismo y nepotismo para conseguir que se logre modernizar y racionalizar el Estado”^[110].

65. Bajo este panorama, el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, determina como criterios básicos que orientan la aplicación del principio del mérito a efectos de que se logre la satisfacción de los intereses colectivos y la efectiva prestación del servicio público, los siguientes:

“a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;

b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;

c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;

d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia”.

66. Adicionalmente, el sistema del mérito tiene como propósito específico procurar la igualdad de trato y oportunidades, de manera que los mejores calificados sean quienes ocupen los cargos públicos. En efecto, esta forma permite la participación de cualquier persona que cumpla con los requisitos del empleo, en un esquema en el que no se permiten tratos diferenciados injustificados, y cuyos resultados se obtienen a partir de procedimientos previamente parametrizados^[111]. Incluso, la aplicación de este método “*permite eliminar la discrecionalidad del nominador y evitar que imperen criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes*”^[112].

(ii) **Reglas generales para la provisión de vacantes. Modificación introducida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019**

67. El principio del mérito se concreta en la creación de sistemas técnicos de carrera administrativa para asegurar que el ingreso a ella se realice en observancia de parámetros y garantías objetivas, de manera que responda precisamente a las exigencias del mérito^[113]. Para ello, las reglas generales que guían estos procesos se encuentran en la Ley 909 de 2004^[114] y el Decreto 1083 de 2015^[115].

68. El artículo 31 de la Ley 909 de 2004 dispone que los procesos de selección o los concursos se componen por las siguientes etapas:

1. Convocatoria. *La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.*

2. Reclutamiento. *Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.*

3. Pruebas. *Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. // La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de*

objetividad e imparcialidad. // Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

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.*

5. Período de prueba. *La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.// Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.*

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

PARÁGRAFO. *En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos” (énfasis propio).*

69. *Teniendo en cuenta estas etapas, las pruebas que se realizan están dirigidas a identificar las cualidades, calidad y competencias de los candidatos, con el fin de determinar la idoneidad y aptitud para ejercer las funciones específicas de un cargo público. Con los puntajes obtenidos en tales pruebas, en orden descendente, se conforman las listas de elegibles con los nombres de quienes podrán ser nombrados en los cargos vacantes u ocupados en provisionalidad¹¹⁶¹. Estas listas son actos administrativos de contenido particular proferidos por la CNSC¹¹⁷¹, de naturaleza plural en tanto que lo integra un conjunto de destinatarios¹¹⁸¹.*

Los derechos que se adquieren tienen una vocación transitoria dado que la ley les otorga una vigencia de dos años. La consolidación del derecho se diferencia dependiendo del lugar que ocupan en las listas de elegibles, en consideración al número de cargos que fueron convocados y serán provistos por ese acto

administrativo. Es decir, no se encuentran en la misma situación jurídica de quienes se encuentran en los lugares de la lista de elegibles que corresponden con el número de cargos convocados, a quienes exceden ese número de plazas.

Quienes se encuentran en el primer escenario -los primeros lugares según las plazas ofertadas- tienen un derecho subjetivo a ser nombrados en periodo de prueba en el cargo para el que concursaron, razón por la cual, se entiende que éstos se encuentran en una mejor situación jurídica que los participantes que si bien están en la lista no alcanzan a ocupar una de las vacantes ofertadas, pues estos, solo tienen una mera expectativa de ser nombrados^[119].”

(...)

“... 71. En el texto original del numeral 4 del precitado artículo 31 de la Ley 909 de 2004, los integrantes de las listas de elegibles tenían derecho a ser nombrados durante ese periodo de tiempo en las vacantes que se generaran respecto de los cargos frente a los cuales se había dado la oferta pública^[120]. Con la modificación introducida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019^[121], la posibilidad de utilizar las listas vigentes también se extiende a *“las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”*.”

En este mismo sentido, el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005 que reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004, en el párrafo 1 disponía: *“Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004”*. Esto fue luego modificado por el Gobierno Nacional en el Decreto 498 de 2020^[122], cuyo párrafo 1 ahora también admite que las listas sean *“utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004”*.

72. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala estima necesario ahondar en el concepto de **vacancia definitiva**, con miras a examinar el alcance del ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. De conformidad con el Capítulo 2 del Título 5 del Decreto 1083 de 2015, las vacancias de los empleos son definitivas o temporales.

Las definitivas están relacionadas con personas que se apartan de su cargo y estaban nombradas en propiedad en consideración a sus derechos de carrera. De conformidad con el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015, la vacancia definitiva se genera en los siguientes supuestos:

“1. Por renuncia regularmente aceptada. // 2. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción. // 3. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa. // 4. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional. // 5. Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario. // 6. Por revocatoria del nombramiento. // 7. Por invalidez absoluta. // 8. Por estar gozando de pensión. // 9. Por edad de retiro forzoso. // 10. Por traslado. // 11. Por declaratoria de nulidad del nombramiento por decisión judicial o en los casos en que la vacancia se ordene judicialmente. // 12. Por declaratoria de abandono del empleo. // 13. Por muerte. // 14. Por terminación del período para el cual fue nombrado. // 15. Las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.”

Por su parte, de acuerdo con el artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015, la vacancia temporal se genera cuando el titular deba alejarse temporalmente en alguna de las siguientes situaciones administrativas: *“1. Vacaciones. // 2. Licencia. // 3. Permiso remunerado. // 4. Comisión, salvo en la de servicios al interior. // 5. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular. // 6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial. // 7. Período de prueba en otro empleo de carrera”.*

Caso concreto:

Descendiendo al *sub examine*, se observa que la accionante, en la medida que las diversas peticiones que ha elevado ante las entidades accionadas no han sido fructuosas a su interés, pretende por el presente mecanismo constitucional, que la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS -D.T.S.C.-, proceda a nombrarla en cargo igual o equivalente al de la OPEC 63654, denominado Auxiliar Administrativo grado 2, ofertado a través de la convocatoria 698 de 2018, y que actualmente se encuentra ocupado en encargo por el señor MARINO BUITRAGO.

Ahora bien, dentro del plenario, se logró comprobar que:

i) La señora FRANCIA LORENA ARCILA VALENCIA participó en el concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, proceso de selección número 698 de 2018- Convocatoria Territorial Centro Oriente, inscribiéndose a LA OPEC 63654 AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407, GRADO 2, ubicándose en el cuarto lugar de la lista de elegibles, la cual cobró firmeza el 27 de febrero de 2020.

ii) Para la OPEC 63654 AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407, GRADO 2, solo fue ofertado un (1) cargo, empleo que fue provisto en debida forma por la DTSC, con la señora LINA MARCELA MORALES VASQUEZ, primera en lista de elegibles.

iii) El cargo al que la accionante pretende ser nombrada mediante este amparo constitucional, AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407, GRADO 2, si bien no fue ofertado a través de la convocatoria 698 de 2018, es un cargo equivalente al cargo para el cual concursó, pues presenta la misma denominación, grado y salario.

iv) Si bien es cierto, dicho cargo, se encuentra en la actualidad ocupado en encargo por el señor Marino Buitrago, también lo es que, quien ostenta derechos de carrera administrativa sobre el mismo, es la señora MARCELA MARÍA TORRES, quien, a su vez, se encuentra separada de dicho cargo de manera temporal, pues se viene desempeñando en encargo desde el día 21 de agosto de 2015, en el empleo técnico operativo, código 314, grado 3.

Bajo el anterior panorama, no se torna viable acoger las pretensiones de la accionante, habida cuenta que no sería posible su nombramiento en el cargo AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407, GRADO 2, actualmente provisto en encargo por el señor Marino Buitrago, por cuanto dicho cargo **no se encuentra en vacancia definitiva.**

De otro lado, atendiendo lo manifestado por la accionante en el sentido que otra opción para su nombramiento pudiera ser el cargo de “AYUDANTE grado 01”, al considerar que el mismo es equivalente al cargo OPEC 63654 AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407, GRADO 2, para el cual concursó, se observa que estos no pueden ser considerados equivalentes, de conformidad con la información que se expone a continuación:

	CARGO AL QUE ASPIRÓ	CARGO EN EL QUE PRETENDE SER NOMBRADA	CUMPLE
DENOMINACIÓN	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	AYUDANTE	NO
CÓDIGO	472	407	NO
GRADO	2	1	NO
NIVEL	ASISTENCIAL	ASISTENCIAL	SI
ASIGNACIÓN BÁSICA	\$2.288.452	\$2.123.645	SI
FUNCIONES	ACTIVIDADES DE ORDEN OPERATIVO PARA APOYAR EL DESARROLLO DE FUNCIONES Y	ACTIVIDADES DE MANTENIMIENTO Y MENSAJERÍA, VELANDO POR EL BUEN ESTADO DE	NO

	RESPONSABILIDADES DE LOS NIVELES SUPERIORES EN LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS OFICINAS	LOS ACTIVOS DE LA ENTIDAD PARA SU FUNCIONAMIENTO DE MANERA EFICIENTE	
UBICACIÓN GEODRÁFICA	TERRITORIAL CENTRO ORIENTE	TERRITORIAL CEN TO ORIENTE	SI

Del anterior cuadro es claro que, aun cuando el nivel, la asignación básica y la ubicación geográfica, coinciden; no lo hacen así, el grado, y las funciones a desempeñar. Ahora, en gracia de discusión, aún si dichos cargos fueran considerados equivalentes, tampoco podría la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD proceder al nombramiento de la señora FRANCIA LORENA ARCILA VALENCIA, en el cargo de ayudante código 407 grado 1, pues quedó demostrado que tampoco presenta vacancia definitiva, en razón a que es el señor Marino Giraldo, el titular que ostenta los derechos de carrera administrativa sobre tal cargo, el que a su vez, se encuentra nombrado en encargo en el de auxiliar Administrativo Código 472 grado 2, último del cual ya se explicó su situación administrativa.

Con respecto a la vulneración del derecho a la igualdad, en razón a que las personas que ocuparon los lugares 2 y 3 de la lista, fueron nombradas en virtud a órdenes de fallos de tutela, en cargos de Auxiliar Administrativo código 472 grado 2, no advierte el Despacho argumento que justifique tal aseveración, pues debe tenerse presente que, para ese entonces, tal cargo sí presentaba vacantes definitivas habilitadas con posterioridad a la convocatoria con ocasión de cuestiones administrativas -por persona ya jubilada y otra que se encontraba en el exterior-; y si bien, tanto para la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS como para la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, estos cargos no eran equivalentes al único cargo ofertado en la OPEC 63654, para el Juez fallador de tales acciones constitucionales si lo eran, en virtud del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que modificó el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, viendo plausible nombrar a los de la lista de elegibles ante el surgimiento de nuevos cargos.

Por último, frente a una posible situación de renuncia de la señora ALBA ROCÍO GONZÁLEZ OROZCO, la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, niega que en la entidad se hayan presentado cartas de renuncias para el cargo al que aspira la accionante, en cambio, exhibe una carta presentada por la mencionada empleada, con fecha del 04 de octubre de 2021, en donde da a conocer su decisión de acogerse a su retiro de la entidad a los 70 años. Resalta además que, ninguna de las personas que desempeñan funciones públicas en el referido cargo cumplen con la edad máxima para el retiro forzoso de que habla la Ley 1821 de 2016; y si bien, la accionante refuta tal documento manifestando que no tiene sello de recibido por parte de la DTSC, este

despacho debe atender el principio de la buena fe¹ que rige y debe permear todas las actuaciones de la administración pública; por lo tanto si alguna duda le asiste a la accionante con respecto a dicha situación, deberá acudir a otras instancias de la justicia, pues no es este el escenario constitucional el establecido para dicha discusión.

En conclusión, las pretensiones de la accionante no están llamadas a prosperar dentro de la presente acción constitucional, por cuanto si bien ostenta una expectativa de ser nombrada en el cargo AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407 GRADO 2 DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA DTSC, al quedar inicialmente en el puesto 4 de la lista de elegibles para dicha convocatoria y actualmente estar en el puesto No. 1 de la misma, en razón al nombramiento de las personas que ocuparon los tres primeros lugares, se pudo comprobar que, en la Dirección Territorial de Salud de Caldas, a la fecha, no existe otro empleo en vacancia definitiva igual o equivalente al identificado en la OPEC No. 63654; razón por la cual este despacho denegará el amparo de los derechos reclamados.

Por lo expuesto el **JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, CALDAS**, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR LA TUTELA de los derechos reclamados como vulnerados dentro de la acción constitucional presentada por la señora **FRANCIA LORENA ARCILA VALENCIA** en contra de la **DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS - D.T.S.C-** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -C.N.S.C-**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

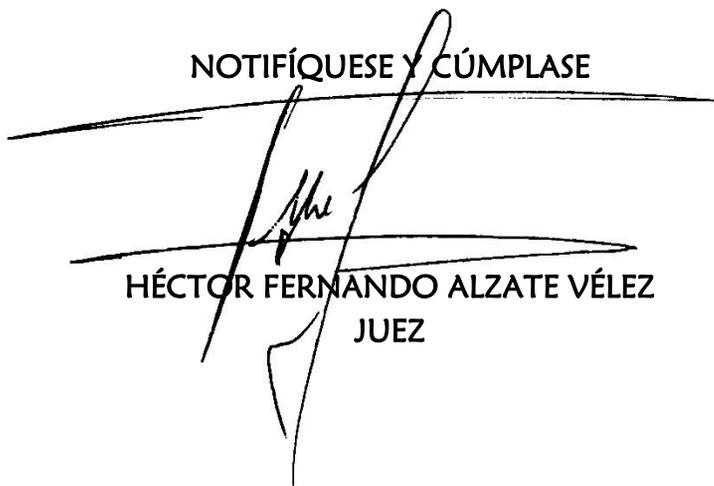
SEGUNDO: NOTIFICAR en debida forma esta decisión a las partes que intervinieron, advirtiendo que la misma puede ser **IMPUGNADA** dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente fallo.

¹ 29. Esta Corte se ha ocupado en varias ocasiones de estudiar el principio de la buena fe, y ha señalado que se trata de un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que orienta las relaciones entre particulares y entre éstos y la administración, buscando que se desarrollen en términos de confianza y estabilidad^[44]. El principio de buena fe puede entenderse como un mandato de *"honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo"*.^[45]

30. En concordancia con lo anterior, la buena fe tiene como objetivo erradicar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas pues pretende *"que las actuaciones del Estado y los particulares se cñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, en lugar de dirigirse por impulsos caprichosos, arbitrarios e intempestivos"*.^[46] Sobre este último aspecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicho principio rige todas las actuaciones y procedimientos de las entidades públicas, toda vez que uno de sus fines es *"garantizar que las expectativas que legalmente le surgen al particular se concreten de manera efectiva y adecuada"*.^[47] **Sentencia T-453/18**

TERCERO: REMITIR el proceso ante la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión, en caso de no interponerse recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HÉCTOR FERNANDO ALZATE VÉLEZ
JUEZ