



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Medellín, veinticinco (25) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

Proceso	Acción de tutela.
Accionante	Sandra Milena Montoya Álvarez
Accionada	Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC Municipio de Envigado Procuraduría General de la Nación
Radicado	05001-31-03-005-2023-00176-00
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia Tutela
Tema	Al trabajo, debido proceso, derecho de petición, etc
Decisión	Concede parcialmente

Se procede a proferir sentencia, respecto de la acción de tutela promovida por Sandra Milena Montoya Álvarez, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, el Municipio de Envigado y la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y solicitudes

Se informa que Sandra Milena Montoya Álvarez ocupó el tercer puesto en el proceso de selección convocatoria N° 1010 del 2019 - Territorial 2019 - Alcaldía de Envigado, para el empleo de Secretario Ejecutivo Código 425 Grado 8, N° OPEC 40780, el cual tenía una vacante y fue declarado firme desde el 17 de noviembre del 2021, con vigencia hasta el 17 de noviembre de 2023.

Alude que, mediante Decreto 0000101 del 17 de febrero del 2023 la Alcaldía de Envigado reestructuró su planta global de cargos, e incluyó la creación de 2 cargos de Auxiliar Administrativo Grado 8, que adopta las mismas condiciones de los empleos ofertados en la convocatoria N° 1010 del 2019, acto administrativo proferido por una solicitud presentada a nivel interno, y que en tal sentido no se debe considerar como una motivación que haga referencias a mejoras salariales o estudio técnico para tal fin, como tampoco considera pertinente la provisión de estos en carrera administrativa en encargo mediante convocatoria interna 023 – 2023 realizada a través del Sistema Gestión Positiva de la accionada, sin que hagan parte de los cargos creados mediante Decreto precitado, sumado al Decreto 0000199 del 17 de abril del 2023.

Aduce que presentó solicitud con radicado N° 0023167 del 19 de abril del corriente, a fin de ser nombrada en un cargo equivalente, a lo que la Secretaría de Talento Humano de la Alcaldía de Envigado la que brindó respuesta el 08 de mayo de 2023, negando la misma por no cumplir el cargo de Auxiliar Administrativo con las mismas condiciones del empleo al cual concursó, en tanto estos se encuentran provistos en propiedad por funcionarios que ostentan derechos de carrera administrativa como consecuencia de la modificación de planta de personal que se llevó a cabo.

La accionante elevó un derecho de petición la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y a la Procuraduría General de la Nación, con números de radicado 2023RE086948 y código de verificación 7047559 del 19 de abril del corriente (CNSC) y N° E-2023-239052 del 20 de abril del 2023 respectivamente, solicitando el reporte de vacantes definitivas y temporales para su cargo, entre otros, sin que a la fecha le hayan brindado respuesta.

En escrito aparte, indica que de las pruebas aportadas en la respuesta que allega la Alcaldía de Envigado, esto es, el decreto 101 de 2023 "10AnexosAlcaldíaEnvigado.pdf" (Paginas número 29, 31, 35 y 36), no corresponde a un aumentó o incremento de grado, como se establece normativamente, demostrando que la respuesta aportada por parte del municipio carece de validez al verificar que en la Resolución 0002727 de 2023 por medio del cual se nombra un funcionario, el ente territorial nombra en uno de los cargos creados a la misma persona que gestionó estos, es decir a Edison Fabio Restrepo.

Finalmente, considera configurada la transgresión a su derecho fundamental al debido proceso y al acceso de cargos públicos a través de méritos, entre otros, e instaura la presente acción para el restablecimiento de estos.

1.2 Trámite y réplica

1.2.1 Por estar acorde con el decreto 2591 de 1991, mediante auto del 12 de mayo del 2023, se asumió el conocimiento de la acción de tutela, se vinculó al **Secretaría de Talento Humano y Desarrollo Organizacional de la Alcaldía de Envigado** y **todos los participantes, admitidos e inscritos**, al concurso abierto de méritos correspondiente a la convocatoria 1010 del 2019 Territorial 2019 – Alcaldía de Envigado, creado mediante Acuerdo N° CNSC – 20191000001396 del 04 de marzo del 2019, y posteriormente mediante auto proferido el 23 de mayo del 2023, se ordenó la vinculación de **Carmen Delia Tejada, Lina Marcela Montoya y Edison Fabio Restrepo**, notificando a la entidad accionada y vinculada en debida forma.

1.2.2. Procuraduría General de la Nación: allegó respuesta, indicando que, revisado el sistema de información misional de la Procuraduría General de la Nación, bases de datos y archivo histórico (SIM) no se encontró dato alguno relacionado con proceso disciplinario, ni acción preventiva, contra funcionarios determinados, con ocasión de la tutela interpuesta por Sandra Milena Montoya Álvarez, y que por ello no tiene conocimiento de los hechos a los que hace alusión, ni tiene la legitimación para intervenir o efectuar un pronunciamiento frente a la tutela interpuesta. Por lo anterior, solicita sea desvinculada por falta de legitimación por pasiva, en tanto no se ha violado ningún derecho fundamental.

1.2.3. Alcaldía de Envigado y su Secretaría de Talento Humano y Desarrollo Organizacional: remitieron respuesta, informando que, conforme a lo manifestado tanto por la CNSC, como por la Corte Constitucional en Sentencia T – 340 de 2020, para dar aplicación a la retrospectividad de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 2019, y para ordenar el nombramiento en período de prueba de quien se encuentra en lista de legibles, se deben verificar los siguientes aspectos:

a.- *Que la lista de elegibles se encuentre vigente.*

b.- *El número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en la lista de elegibles; es decir que, el interesado ocupe el lugar inmediatamente siguiente a proveer.*

c.- Que se trate del mismo empleo; entiéndase con igual denominación código, grado, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes de la respectiva entidad.

Que, con lo anterior, se puede establecer la diferencia en la forma de aplicación de la ley 1960 de 2019 para procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, por lo que, para el caso en concreto, las listas de elegibles serán utilizadas durante su vigencia, para proveer las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos y ofertados, de acuerdo con la definición dada por la CNSC, pero no para empleos equivalentes.

Indica que frente a la lista de elegibles conformada para la vacante que concursó la accionante, mediante Decreto 048 del 09-19-2021 se nombró a Manuel Yeito Cortes Cárdenas quien ocupó la primera posición en la lista de elegible, quien no aceptó el nombramiento y por lo tanto se reportó en debida forma la novedad a la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien una vez validó la información habilitó el uso de listas en estricto orden y en consecuencia fue nombrada mediante Decreto 2010 del 27 de abril de 2022 a **Carmen Delia Tejada, (segunda posición) quien aceptó el nombramiento y fue posesionada en este empleo.**

Aduce que no se han suprimido empleos ofertados en la convocatoria, pero que por necesidad del servicio y en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 315 de la Constitución Política de Colombia, se modificó y ajustó la planta de cargos, no obstante, los empleos de Auxiliar Administrativo creados (NUC 2000002075 – 2000002076) no fueron ofertados en la convocatoria 1010 de 2019 y no corresponden al mismo empleo al que concursó la accionante, por lo que se incorporó a los mismos a Lina Marcela Montoya y Edison Fabio Restrepo. Y que para la provisión de un empleo de SECRETARIO - GRADO 1, al no existir dentro de la planta funcionarios de carrera para ser encargados y no habiendo lista de elegible para este empleo, se realizó un nombramiento en provisionalidad, aclarando además que dicho empleo es GRADO 1, y la accionante concursó para un GRADO 8

Igualmente, informa que otorgó respuesta de forma clara, y completa a la solicitud de empleo equivalente, en la cual se expusieron los motivos claros de su negación, no obstante, la observa que accionante realiza nuevas solicitudes en la presente acción que no hicieron parte del escrito del derecho de petición ya resuelto, por lo que, deberá presentar a través de los distintos medios de recepción las peticiones nuevas a fin de ser resueltas en debida forma.

Afirma que la accionante se presentó a un empleo donde solo había una (1) vacante bajo la OPEC 40780 y que dentro de la planta global del municipio no existen más empleos que cumplan con las mismas condiciones, esto es con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio, experiencia y 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, y que si bien han surgido vacancias posteriores al concurso de méritos surtido, Convocatoria 1010 de 2019, con denominadas auxiliar administrativo grado 6, ninguna cumple con los criterios para ser considerado.

Por lo anterior, solicita se declare improcedente la presente acción de tutela, por cuanto dicho ente municipal, no ha negado, ni vulnerado a la accionante ningún derecho.

1.2.4. Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC: informa que si bien es cierto que la CNSC llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos en la planta de personal de la Alcaldía de Envigado Antioquia, también lo es que no tiene competencia para administrar la planta de personal de dicha entidad, ni tiene la facultad nominadora, así como tampoco tiene incidencia en la expedición de los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba y posesión de los elegibles.

No obstante, señala que para la OPEC 40780 se profirió resolución No. 10713 del 17 de noviembre de 2021 *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado SECRETARIO EJECUTIVO, Código 425, Grado 8, identificado con el Código OPEC No. 40780, PROCESOS DE SELECCIÓN TERRITORIAL 2019 - ALCALDÍA DE ENVIGADO, del Sistema General de Carrera Administrativa”*. SANDRA MILENA MONTOYA ALVAREZ ocupó la posición No. 03 para la provisión de 01 vacante, lista que estará **vigente hasta el 25 de noviembre de 2023**, y que por tal razón la accionante 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.

Manifiesta que consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que, durante la vigencia de la lista, la Alcaldía de Envigado no ha reportado la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismos empleos de la lista de la accionante, y en tal sentido, no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, al 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*.

Y que, en relación con la solicitud que elevó la accionante bajo Radicado 2023RE086948 del 19 de abril de 2023, esta Comisión Nacional brindó respuesta a través de comunicación bajo radicado 2023OFI-400.540.12-037195 del 15 de mayo de 2023.

Solicita se desvincule, y/o se declare improcedente el presente trámite, toda vez que no existe vulneración a los derechos fundamentales de la accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1.2.5. Vinculado Alejandro Álvarez Hurtado: allega respuesta, en calidad de elegible del Proceso de Selección Convocatoria No. 1010 de 2019 - Territorial 2019 – Alcaldía de Envigado, creado mediante Acuerdo No CNSC – 20191000001396 del 04 de marzo de 2019, en el cual ocupó el puesto cuatro (4), según Resolución No 10713 del 17 de noviembre de 2021, quien a su vez solicita que sean reivindicados sus derechos fundamentales posesionándole en una de las vacantes iguales o equivalentes que se han generado dentro de la planta global de cargos del Municipio de Envigado, concluyendo que el actuar de las accionadas CNSC y Alcaldía de Envigado muestra la continuación de una vulneración y el sometimiento de unas reglas interpretadas a su gusto.

1.2.6. Vinculado Edison Fabio Restrepo Salazar: allega respuesta, manifestando que participó en el año 2005, en la Convocatoria 001, de la Comisión Nacional del Servicio Civil para vacancia definitiva de la Alcaldía de Envigado, y mediante Resolución N° 1365 del 20 de abril de 2012, se conformó la lista de elegibles para proveer el empleo N° 11659 en la que se nombra en el Numeral 26, por lo que mediante la Resolución N° 109 del 10 de enero del 2013, fue nombrado en propiedad,

para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo, de la planta globalizada de la Alcaldía Municipal de Envigado, Código 407, grado 06 nivel asistencial, el cual fue notificado a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que realizara la inscripción en la Carrera Administrativa.

Señala que el 10 de enero del 2013, y hasta la fecha he venido realizando las funciones encomendadas, obteniendo una calificación sobresaliente en el cumplimiento de sus funciones.

Que por lo anterior no vio inconveniente en notificarse de la resolución N° 0002727 del 17 de febrero del 2023, en la cual le informaron que su cargo denominado Auxiliar administrativo, Nivel Asistencial Código 407, Grado 06, se suprimió mediante el decreto 0000101 del 17 de febrero, pero que al mismo tiempo crean en la planta globalizada de cargos del Municipio de Envigado un empleo de vacancia definitiva, con denominación Auxiliar Administrativo, Nivel Asistencial, Código 407, grado 08.

Afirma que según la justificación expresada en la Resolución 0002727 del 17 de febrero del 2023, la cual fue fundamentada en el Decreto 1083 de 2015, se notificó el día 23 de febrero del 2023, no obstante, aclara que desde el año 2013 hace parte de la planta de empleados del Municipio de Envigado, cuyo nombramiento es en propiedad por carrera administrativa, lo cual me da el derecho preferencial para estar incorporado en su empleo actual.

Solicita se desvincule de la presente acción, exonerándose de toda responsabilidad u obligación frente a las pretensiones del accionante, por no haber vulnerado los derechos fundamentales invocados.

1.27. Vinculados Carmen Delia Tejada y Lina Marcela Montoya: guardaron silencio, pese a encontrarse debidamente notificados.

Por lo anterior, corresponde a este juzgador establecer si se vulneran los derechos fundamentales invocados por la parte accionante por parte de los accionados.

2 CONSIDERACIONES

2.1. Naturaleza jurídica de la acción de tutela

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política, es un instrumento ágil para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los términos señalados por la ley.

Este mecanismo opera siempre y cuando el afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o cuando, existiendo esos medios, la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De las reglas de la carrera administrativa y principio del mérito según modificación introducida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019

2.2. El mérito

Conforme a la jurisprudencia constitucional, La Corte ha sostenido que el principio de mérito es fundamental para garantizar la eficiencia, la imparcialidad y la transparencia en el acceso a los cargos públicos y en la promoción dentro de la carrera administrativa, por lo que ha emitido diversas sentencias relacionadas con el derecho de carrera y el principio rector del acceso al empleo público.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T 081 del 2021, indicó:

*“... (i) el principio del mérito es el que garantiza la excelencia y profesionalización en la prestación del servicio público, para que responda y permita materializar los fines del Estado; (ii) la concreción de esta garantía constitucional se da a través de la provisión de los cargos de carrera administrativa por medio de procesos de selección o concursos públicos que son administrados, generalmente, por la CNSC; (iii) en el marco de estos concursos se profieren unos actos administrativos denominados listas de elegibles, en las cuales se consignan en estricto orden de mérito los nombres de las personas que superaron las pruebas del proceso, con miras a ser nombrados en las vacantes ofertadas, en principio, estas solo podían ser utilizadas para proveer las vacantes definitivas que se abrieran en los empleos inicialmente convocados; (iv) no cabe alegar que existe un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (a) la persona participó en un concurso de méritos; (b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante definitiva para ser designado, por lo que los demás participantes tan solo tendrán una expectativa; (v) **en el marco de la Ley 1960 de 2019 es posible extender una lista de elegibles vigente para proveer cargos equivalentes, esto es, que corresponda a la denominación, grado, código y asignación básica del inicialmente ofertado***

(...) PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MERITO COMO PRINCIPIO RECTOR DEL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO- Aplicación en el tiempo de la ley 1960 de 2019 respecto del uso de la lista de elegibles

En este tipo de controversias los jueces de tutela tienen la carga de revisar si, en el marco de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 la listas de elegibles en firme al momento de su entrada en vigor para que sean usadas en vacancias definitivas de cargos equivalentes no convocados, realmente se trata de un empleo que cumple con todas las características que han sido determinadas por la CNSC para tal efecto. De no hacerlo y ordenar el nombramiento a una persona con funciones esencialmente diferentes al cargo inicial por el que se concursó, puede resultar, como se mencionó, un sacrificio del principio constitucional del mérito. En efecto, no se cumpliría con una de las finalidades transversales de esta garantía superior como lo es contar con una planta de personal idónea y capacitada que presta sus servicios con experiencia y conocimiento en pro de los intereses generales...” (negrilla fuera del texto).

2.3 Del derecho de petición

Según el artículo 13 de la ley 1755 de 2015 “(T)oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.”. Regulación que resultó oportuna en respuesta de la reiterada jurisprudencia sobre el carácter fundamental del derecho en mención.

Ahora, en lo que toca con la propia constitucionalidad del derecho a elevar peticiones respetuosas, es claro que:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.”¹

3. CASO CONCRETO

En el asunto objeto de estudio, se procura la protección de los derechos fundamentales invocados y presuntamente transgredidos por las entidades accionadas, cuya consecuencia pretendida es:

“Que se me tutelen mis derechos fundamentales constitucionales de Derecho Fundamental constitucional a la igualdad, al trabajo, petición, vida en condiciones dignas, igualdad, justicia, respuesta a peticiones - información, al debido proceso y al acceso a cargo públicos por mérito, estipulados en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 y, en consecuencia, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y a la ALCALDÍA DE ENVIGADO Y PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, acate las disposiciones normativas Contenidas en el artículo 2. 2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, teniendo como referente Sentencia T-340 de 2020 proferida por la Corte Constitucional, y las demás normas y fallos referenciados, y en consecuencia:

1. *Se ordene a COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y a la ALCALDÍA DE ENVIGADO, alleguen al despacho respuesta información solicitado en el número 22 de la situación fáctica.*

2. *Que una vez recibida las respuestas de las entidades, concerniente al reporte de vacantes y en virtud de lo ordenado por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA SALA ÚNICA DE DECISION, del día treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020), así como la sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, se ordene a las entidades accionadas. Verificar los empleos que cumplen con las características de empleo equivalente, con estricto apego a los parámetros 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015 y artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, respecto de las vacantes denominadas secretario ejecutivo, grado 8, código 425 o auxiliar administrativo, Código 40708, Grado 8, de la planta global dela Alcaldía de Envigado, que a la fecha estén en vacancia definitiva o que no estén provistas con personal de carrera administrativa, para que la provisión de las mismas se realice con mi lista de elegibles.*

3. *Que hecho lo anterior, se ordene a la Alcaldía de Envigado, Solicitar a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de mi lista de elegibles, para la provisión de las vacantes denominadas auxiliar administrativo, Código 40708, Grado 8 disponibles en la planta global de la entidad, según el orden de mérito.*

4. *Que la CNSC informe si cumpla con los requisitos para el uso de la respectiva lista, dentro de los cargos que hayan sido identificados como equivalentes al que concurse, y defina la tarifa que debe pagar la Alcaldía de Envigado por tal uso.*

5. *Que la Alcaldía de Envigado expida el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien deberá expedir la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.*

6. *Una vez la CNSC realice tal actividad, la Alcaldía de Envigado me informe, respecto de las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una elección con base en la*

¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia de Tutela T-332 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.

cual la Alcaldía de Envigado expedirá las respectivas resoluciones de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables.

7-Que, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

9. (sic)-Solicitar a la Procuraduría General de la Nación se apersona, iniciando y verificando el cumplimiento de las directrices referenciadas en la directiva 015 del 30 de agosto de 2022, dando cumplimiento al numeral 7 del artículo 40 de la constitución política

10. Que se exija acorde al artículo 130 de la Constitución Política a la Comisión Nacional del servicio civil - CNSC Y la Procuraduría General, la verificación de las irregularidades referenciadas en este escrito de tutela como lo son nombramientos en provisionalidad sin la convocatoria interna para proveer los mismos, supresión de cargos de carrera administrativa, creación de cargos nuevos modificados para evitar lista de elegibles o según respuesta a derecho de petición de supuesta mejoras en grado.

11. iniciar procesos administrativos a los que se diera contra el municipio de Envigado o quien haga sus veces de jefe de personal, por lo que se configura como evasión e incumplimiento de derechos de carrera administrativa.

12. Reafirmo mi solicitud de que se ordene al municipio Envigado, mi nombramiento en uno de los dos cargos dos (2) cargos de auxiliar administrativo, Código 40708, Grado 8 en la Secretaria de salud o de ser del caso o en una vacante de la planta global cargos de la administración Municipal que sea igual o equivalente al cargo denominadas secretario ejecutivo, grado 8 o auxiliar administrativo grado 8, argumentado por el Fallo de tutela N° O5-088-31-09-016-202200162 en segunda instancia contra el municipio de Envigado que desvirtúa la respuesta proferida por el municipio de Envigado a la Solicitud con radicado Rad: 023167 del 19-04-2023 mediante correo electrónico el día 08 de mayo de 2023, restableciendo de mi derecho constitucional AL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS A TRAVÉS DEL MÉRITO, al demostrarse que dichos empleos, son cargos nuevos, que la justificación que allega la secretaria de salud para su creación en el oficio con radicado 0000869 del Municipio de Envigado (anexo como evidencia documental), muestra unas cargas laborales relacionados y funciones, lo cual va en detrimento de la respuesta Emitida por la entidad a través de la Secretaría de Talento Humano, Pues se direcciona a que estos empleos se pueden justificar para un incremento en su grado algo arbitrario y anti técnico, ya que es un herramienta que no se consagra normativamente y que si es usada por costumbre en esta entidad no es ley, con lo cual se plantea un acto antijurídico, al cual se le da la atribución de definir quien goza de más derecho si para quien ha gusto el Municipio ha creado este cargo o el reclamante quien por méritos está en una lista de elegibles para ostentar el mismo”

Para resolver el caso en cuestión, y de acuerdo con los hechos que motivaron la presente causa constitucional, se destaca que el propósito de esta se orienta a que considerando que tiene el 3° puesto, se nombre en un cargo equivalente, si los hubiere, del empleo de la planta de personal de la Alcaldía de Envigado para el cual concursó denominado SECRETARIO EJECUTIVO, Código 425, Grado 8, identificado con el Código OPEC No. 40780, por lo que pretende que se haga el respectivo estudio de equivalencias.

Ahora, y teniendo en cuenta que la lista estará vigente hasta el 25 de noviembre de 2023, para el caso en concreto la tutela es el medio judicial idóneo para proteger los derechos invocados, puesto que para la resolución del asunto no resultan oportunos ni eficaces los mecanismos judiciales de protección ordinarios.

Así las cosas, se tiene que la Alcaldía de Envigado aduce que, si bien la accionante puede optar por otra vacante, debe ser de los mismos empleos y no de empleos

equivalentes, y que la diferencia en la forma de aplicación de la ley 1960 de 2019 para procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, las listas de elegibles deben ser utilizadas durante su vigencia para proveer las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos y ofertados.

Sobre el tema, el Tribunal Superior de Medellín – Sala Penal en Sentencia de tutela de segunda instancia con radicado 05-088-31-09-016-2022 00162 proferida el 05 de mayo de 2023, indicó:

“...Como se ha dicho en casos similares que ha decidido esta Sala, se acoge sin reserva alguna lo dicho por la Corte Constitucional, es decir, no cabe la aplicación de los criterios unificados de la CNSC que impedían el uso de la lista de elegibles para el nombramiento en cargos equivalentes no ofertados, debiendo agregar que fue la misma CNSC la que, con posterioridad, expidió el Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 en el que dispuso las siguientes pautas para efectuar este tipo de nombramientos:

“En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los “mismos empleos” o “empleos equivalentes”, en los casos previstos en la Ley. Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de “mismo empleo” y “empleo equivalente”:

MISMO EMPLEO. Se entenderá por “mismos empleos”, los empleos 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 aspirantes⁷; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

EMPLEO EQUIVALENTE. Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles. Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:

PRIMERO: Revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer.

NOTA: Para el análisis de empleo de nivel asistencial se podrán tener en cuenta empleos de diferente denominación que correspondan a la nomenclatura general de empleos, con el mismo grado del empleo a proveer. Por ejemplo, el empleo con denominación Secretario Código 4178 Grado 14 y el empleo con denominación Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14.”

Por consiguiente, a juicio de la Sala no se ajusta a los mandatos constitucionales y legales que la Alcaldía de Envigado se rehúse a continuar con el trámite debido, en punto al nombramiento de todas las plazas disponibles en la entidad para los cargos iguales o equivalentes no ofertados al que aspiró la accionante, de conformidad con la lista general de elegibles establecida por la Resolución No. CNSC – 2021 RES-400.300.24-10279 del 12 de noviembre de 2021, por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer nueve (9) vacantes del empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 6, identificado con el Código OPEC No. 40921...”

Así mismo, y en caso similar, el Tribunal Superior de Medellín – Sala Tercera de Decisión Civil en Sentencia de tutela de segunda instancia con radicado 05266 31 03 001 2022 00180 02 proferida el 30 de agosto del 2022, indicó:

*“...Ello conforme quedó establecido en los considerandos, cuando se hizo alusión a la normativa aplicable al presente caso y a la sentencia T-430 de 2020; por tanto, la Alcaldía de Envigado se encuentra en la obligación de acogerse a las mencionadas disposiciones legales, tal y como lo determinó el juzgado de primera instancia, de manera que proceda a reportar las vacantes con que cuenta, actualizando la OPEC para el empleo Profesional Universitario Código 219, grado 4, **y así la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceda conforme a sus competencias, a realizar el estudio técnico de equivalencias correspondientes y elabore la nueva lista de elegibles.***

Y que no se diga por parte de la Alcaldía de Envigado que no se trata de empleos equivalentes, puesto que la competente para realizar el mencionado estudio es la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme a las leyes citadas y el artículo 130 de la Constitución Política.

Para la Sala, esta omisión de la Alcaldía de Envigado, configura una vulneración del derecho al debido proceso administrativo y transgrede los derechos fundamentales de la actora, quien ocupó el segundo puesto dentro de la lista de elegibles conformada mediante resolución 10183 del 12 de noviembre de 2021, y que ahora, ante la designación de la persona que ocupó el primer lugar, entró a ocupar el primero puesto; en tanto la hace aspirante a uno de los posibles cargos vacantes...” (negrilla fuera del texto).

Pese a lo anterior, la Alcaldía de Envigado y su Secretaría de Talento Humano y Desarrollo Organizacional, justifican que no hay lugar a aplicar la Ley 1960 de 2019, con el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y 06 de agosto de 2020 de la CNSC, en el que se expuso 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".

Misma información brindó la CNSC en oficio N° 2023RS064012 del 15 de mayo de 2023, que señala, entre otros, que:

“...vale la pena indicar que el uso de listas de elegibles para empleos equivalentes del Criterio Unificado Criterio Unificado “Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, 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 resultaba procedente su aplicación a las listas de elegibles conformadas en el marco del Proceso de Selección Territorial 2019.

Teniendo en cuenta que usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 40780, permanecerá a la espera de que, durante la vigencia de la lista, esto es, hasta el 25 de noviembre de 2023, se genere una vacante bajo los parámetros del artículo 8 del Acuerdo Nro. CNSC-0165 del 12 de marzo de 2020, modificado por el Acuerdo Nro. CNSC-0013 de 2021.

En los anteriores términos se atiende su solicitud, no sin antes manifestar que la dirección electrónica a la cual se dirige la presente respuesta coincide plenamente con la registrada por Usted en la ventanilla Única”.

Al respecto, cabe anotar que el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 que reguló las etapas del proceso de selección, fue modificado por el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, en lo relacionado con el uso de la lista de elegibles, extendiendo su aplicación a las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad. Igualmente, El Decreto 498 de 2020, por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en su artículo 1 parágrafo 1, que modificó el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, estableció lo siguiente:

“...PARÁGRAFO 1o. 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, 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad. Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004. (...)”

Aunado lo anterior, se tiene que contrario a lo señalado por las accionadas precitadas, sí se puede aplicar la retrospectividad de la ley 1960 del 2019, entendida como *“la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva”*², máxime cuando dicha controversia fue decantada en la Sentencia T - 340 del 2020, que reza:

“...Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas 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, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC (negrilla propia del texto)

(...) En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y

² Sentencia T-564 de 2015

ésta todavía se encuentre vigente...” (negrilla fuera del texto)

En la misma Sentencia la Corte Constitucional estableció las siguientes reglas con relación a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, que incluye la posibilidad del uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los cargos vacantes que sean equivalentes y que no fueron ofertados en la respectiva convocatoria:

*“3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo (...) El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, **con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”**. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación. (negrilla fuera del texto).*

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta los postulados constitucionales para los concursos de mérito, se concederá la acción de tutela respecto al estudio de equivalencias de vacantes del empleo para el cual concursó el accionante, siempre que a la fecha estén en vacancia definitiva o que no estén provistas con personal de carrera administrativa, por lo que, las entidades accionadas CNSC y Alcaldía de Envigado, deberán dentro del marco de sus competencias, estudiar, verificar y realizar las diligencias que se desprendan de dicho estudio, protección constitucional que se hará extensiva a los demás integrantes que hacen parte de la lista contenida en la resolución N° 10713 del 17 de noviembre del 2021.

Ahora bien, y frente al derecho de petición, se tiene que CNSC allegó copia digital del oficio N° 2023RS064012 del 15 de mayo de 2023 contentivo de la respuesta de petición, y que, si bien del estudio de dicho anexo no obra constancia de su remisión, tampoco obra prueba de la remisión de la solicitud remitida a la CNSC por la accionante, no obstante, y toda vez que la “petición” elevada a la CNSC es lo que se pretende en la presente acción, se procederá a resolver de fondo desde la observancia del derecho fundamental del debido proceso.

Por otro lado, y frente a la Procuraduría General de la Nación, tampoco se vislumbra vulneración al derecho fundamental de petición en tanto no obra prueba alguna de la remisión a dicha entidad de un escrito de petición.

Igualmente, y respecto a la petición presentada por la accionante frente a la Alcaldía de Envigado, se tiene que, conforme a los anexos allegados en el escrito de tutela, la misma fue resuelta mediante oficio del 03 de mayo de 2023, y si bien, la actora indica que no fue resuelta en debida forma, del estudio de la respuesta, se tiene que es congruente con la petición presentada el 19 de abril de corriente, por lo que respecto a dicha entidad no hay vulneración del derecho fundamental de petición, máxime que como ya se dijo, sobre lo solicitado, se hará pronunciamiento desde la observancia del derecho fundamental del debido proceso.

Por otro lado, y en atención a la solicitud encaminada a ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y a la Procuraduría General, verificar las irregularidades referenciadas en este escrito de tutela y teniendo en cuenta la respuesta de la Procuraduría General de la Nación (Archivo 8), mediante la cual indicó que no encontró dato alguno relacionado con proceso disciplinario, ni acción preventiva, contra funcionarios determinados, con ocasión de tutela interpuesta por la accionante, se pone en conocimiento lo señalado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia STC12213-2014 Radicación N° 08001-22-13-000-2014-00291-02 (Aprobado en sesión de diez de septiembre de dos mil catorce):

“...Finalmente, si la accionante estima que el juzgado accionado o cualquiera de los intervinientes las controversias han infringido normas disciplinarias y/o penales, no sólo en cuanto a la dirección del asunto sino en lo que respecta a la lealtad del abogado de los incidentados y, tiene los elementos para acreditar lo pertinente, puede acudir ante las respectivas autoridades asumiendo naturalmente la responsabilidad que de su conducta se desprenda”

La Corte resaltó frente a este aspecto que

“...si el aquí convocante estima que alguno de los intervinientes incurrió en conductas disciplinarias y penales que deben averiguarse, y cuenta con los elementos y argumentos necesarios para sostener su denuncia, está facultado para radicar en forma directa la noticia criminal o sancionatoria respectiva, haciéndose por supuesto responsable de su gestión y consecuencias.” (Sentencia de 26 de septiembre de 2013, exp. 01425-03; reiterada en la STC339-2014 de 22 de enero de 2014, exp. 00003-00) ...”

Así las cosas, se deniega dicha pretensión, por cuanto es la parte interesada la que, si lo considera pertinente y necesario, deberá presentar la acción que considere pertinente ante las autoridades competentes, aportando los elementos materiales probatorios y de juicio suficientes, para acreditar la conducta que considere estén incurriendo las accionadas, en tanto si bien en la presente acción se tutela el derecho al debido proceso no se avizora la circunstancia o irregularidad que señala la actora.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Oralidad, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: TUTELAR parcialmente los derechos fundamentales invocados por Sandra Milena Montoya Álvarez, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y la Alcaldía de Envigado, protección constitucional que se hará extensiva a los demás integrantes que hacen parte de la lista de elegibles de la resolución N° 10713 del 17 de noviembre del 2021, según se motivó en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena a la Alcaldía de Envigado, y a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en un término no superior a ocho (8) días, contado a partir de la notificación de este fallo, de manera conjunta y dentro del marco de sus competencias, realicen el estudio de equivalencias para el empleo secretario ejecutivo, Código 425, Grado 8, identificado con el Código OPEC No. 40780 al que concursó la accionante, del proceso de selección convocatoria N° 1010 del 2019 – Territorial 2019 – Alcaldía de Envigado, creado mediante acuerdo N° CNSC – 20191000001396 del 04 de marzo del 2019, y adopte las decisiones correspondientes; teniendo en cuenta los cargos vacantes no convocados disponibles en la planta global de la entidad, en especial las vacantes denominadas auxiliar administrativo Código 40708, Grado 8, con precisión en la asignación salarial que a dichos cargos corresponde, así no se hayan ofrecido en la convocatoria respectiva, siempre y cuando estén en vacancia definitiva o que no estén provistas con personal de carrera administrativa, y ajustándose a las previsiones constitucionales.

TERCERO: Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que una vez efectuado lo anterior, y en un término de quince (15) días, se sirva realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, luego del cual deberá remitir en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, la lista de elegibles, si fuera el caso, de la cual

deberá hacer uso la Alcaldía de Envigado en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes, sobre las vacantes surgidas a la fecha y hasta que esté vigente la lista de elegibles.

CUARTO: Del cumplimiento de estas órdenes responderá de modo personal los representantes legales de las entidades mencionadas, de modo que, si delegan funciones al respecto, deberán estar atentos a su debida ejecución.

QUINTO: Se **DENIEGA POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela respecto a la solicitud de las pretensiones 9°, 10° y 11° referenciadas, instaurada por Sandra Milena Montoya Álvarez, en contra de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEXTO: Se **DENIEGA POR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela respecto al derecho fundamental de petición, instaurada por Sandra Milena Montoya Álvarez, en contra de la Alcaldía de Envigado, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SÉPTIMO: Se **ORDENA** a la **Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC** para que se sirva publicar el presente fallo en la página web destinada para tales efectos, a fin de que sean notificados del mismo todos los participantes, admitidos e inscritos, al concurso abierto de méritos correspondiente a la convocatoria 1010 del 2019 Territorial 2019 – Alcaldía de Envigado, creado mediante Acuerdo N° CNSC – 20191000001396 del 04 de marzo del 2019.

OCTAVO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más expedito, con la advertencia de que la presente decisión, es susceptible de interponer el mecanismo de impugnación, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

NOVENO: Cumplido el término anteriormente previsto, sin ejercer el mecanismo señalado, el expediente remitirá a la Honorable Corte Constitucional para la eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAFAEL ANTONIO MATOS RODELO
JUEZ

Y.