

Cartagena de Indias D. T. y C., diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	CUMPLIMIENTO
Radicado	13-001-23-33-000-2021-00391-00
Accionante	AMAURY RAFAEL CANCHILA SERPA
Accionado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y ALCALDÍA DE MEDELLÍN
Tema	<i>Improcedencia de la acción de cumplimiento por existencia de otros medios de defensa judiciales, para controvertir la legalidad de los actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver en primera instancia la acción de cumplimiento de la referencia.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda²

El señor AMAURY RAFAEL CANCHILA SERPA, a nombre propio instauró acción demanda de acción de cumplimiento, en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y ALCALDÍA DE MEDELLÍN; para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1. Pretensiones³.

La parte accionante elevó las siguientes pretensiones:

“PRIMERO.- DECLARAR probado que tanto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL como la ALCALDÍA MUNICIPAL DE MEDELLÍN, han incumplido las normas con fuerza material de ley y las disposiciones de los actos administrativos que a continuación señaló: artículo 6 de la Ley

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Fols. 1-30 doc. 1 demanda

³Folio 26-27 doc. 1 demanda



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.070/2021
SALA DE DECISIÓN No.004

SIGCMA

13-001-23-33-000-2021-00391-00

1960 de 2019, artículo 7 y 89 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1 del Decreto 1894 y artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 emanados del Gobierno Nacional; artículo primero, quinto y sexto de la Resolución No. CNSC - 20192110073605 del 18-06-2019, artículos 11, 18, 22, 24, 25 y 28 del Acuerdo 562 de 2016 y 80 y 81 del Acuerdo No. 20161000001356 de 2016 de la CNSC.

SEGUNDO.- Como consecuencia lógica de lo anterior, ORDÉNESE a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE MEDELLÍN que dentro de diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, dé estricto cumplimiento a las normas con fuerza material de ley y a las disposiciones de los actos administrativos siguientes: artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, artículo 7 y 89 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1 del Decreto 1894 y artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 emanados del Gobierno Nacional; artículo primero, quinto y sexto de la Resolución No. CNSC - 20192110073605 del 18-06-2019, artículos 11, 18, 22, 24, 25 y 28 del Acuerdo 562 de 2016 y 80 y 81 del Acuerdo No. 20161000001356 de 2016 de la CNSC. Por consiguiente, se ordene a las autoridades encargadas de su ejecución realizar los trámites de rigor tendientes a utilizar la lista de elegibles del empleo identificado con el código OPEC 44634 adoptada mediante Resolución No. CNSC - 20192110073605 del 18-06-2019 hasta agotarla, para proveer en estricto orden descendente de méritos, los empleos convocados por la Alcaldía Municipal de Medellín declarados desiertos, que en la actualidad están en vacancia definitiva".

3.1.2. Hechos⁴.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

Manifestó que, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC–, en cumplimiento del Acuerdo 2016000001356 de agosto 12 de 2016, expidió la convocatoria 429 de 2016, en la cual convocó a concurso de méritos para proveer los empleos de carrera vacantes de la Alcaldía de Medellín, entre los cuales publicó en la Oferta Pública de empleos –OPEC– bajo el No. 44634, el de Profesional Universitario, Código 219, Grado 2, cargo al cual se postuló.

El empleo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 02, que se identifica en la OPEC de la Convocatoria 429 de 2016 bajo el No. 44634, exige en el factor estudios acreditar, entre otros títulos, el de contaduría pública; y en el factor experiencia catorce (14) meses de experiencia profesional relacionada. Su carga funcional gira en torno a temáticas inherentes a la contratación pública, tiene asignado el grado salarial dos (2), cuyo salario básico es de \$3.745.432 y contempla las competencias laborales de que trata el Decreto 815 de 2018.

⁴Folios. 1-4

13-001-23-33-000-2021-00391-00

Agotadas las fases del proceso de selección, la CNSC mediante Resolución 20192110073605 emitida el 18 de junio de 2019, la cual fue publicada en su página web en junio 25 de 2019, adoptó la respectiva lista de elegibles para el empleo con código OPEC 44634, lista en la que aparece ubicado en la posición tercera de elegibilidad con 75,07 puntos. La firmeza de este acto administrativo se publicó en julio 08 de 2019, en razón de haber adquirido fuerza ejecutoria el 05 de Julio de 2019 ante inoponibilidad de los aspirantes y terceros.

Mediante Decreto No. 0632 del 10 de Julio de 2019, la Alcaldía de Medellín, designó en periodo de prueba a la persona que ocupó el primer escaño de elegibilidad en la resolución 20192110073605 del 18 de junio de 2019. Adicionalmente alegó que, la CNSC también publicó en junio 25 de 2019 los actos en los cuales declaró desierto el concurso en los siguientes sesenta y dos (62) cargos equivalentes al cargo identificado con código OPEC 44634 (tienen iguales funciones, competencias, nomenclatura, grado, requisitos de estudios y experiencia).

Que la CNSC, en ejercicio de las facultades otorgadas por la Constitución Política y en especial los literales a) y e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, expidió el Acuerdo 562 de 2016 *"Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"*, en el cual se ordenó en el inciso 2 del artículo 11, entre otros asuntos, que las vacantes cuyo concurso hayan sido declarados desiertos serían provistos mediante el uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos en el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, modificatorio del canon 7 del Decreto No. 1227 de 2005, contenido en el Decreto compilatorio 1083 de 2015.

Indicó que, el 23 de julio de 2019, elevó reclamación ante la Alcaldía de Medellín solicitando se le nombrara en periodo de prueba en cualquiera de los cargos mencionados, exhortando a la CNSC par que velara porque las vacantes definitivas equivalentes a la OPEC 44634, declaradas desiertas, fuesen cubiertas con su lista de elegibles atendiendo el orden de provisión establecido en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 11, 22, 25 y 28 del Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC y del canon 6 de

13-001-23-33-000-2021-00391-00

la Ley 1960 de 2019 modificadorio del artículo 31 numeral 4 de la Ley 909 de 2004.

Que el 13 de agosto de 2019, la Alcaldía de Medellín le comunicó que estaba desarrollando el procedimiento para proveer los cargos ofertados, por lo cual empezó a expedir los correspondientes actos de nombramientos en periodo de prueba de los elegibles que triunfaron en el concurso, utilizando en forma directa la lista de elegibles.

No obstante, el 09 de septiembre de 2019, la Alcaldía de Medellín precisó que no era procedente su nombramiento, por cuanto de acuerdo con la Circular Conjunta expedida el 29 de Julio de 2019 por la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública, así como del criterio unificado emitido el 1 de agosto de 2019 por la Sala Plena de los Comisionados de la CNSC sobre el uso de lista de elegibles en el contexto de la expedición de la Ley 1960 de 2019, y el radicado 20191020438301 del 21 de agosto del 2019, el uso de listas del Banco Nacional de listas de elegibles únicamente procedía para proveer vacantes que han sido ofertadas en el marco de la Convocatoria 429 de 2016. También adujo erradamente que el nuevo régimen de provisión de vacantes consagrado en la Ley 1960 de 2019 solo es aplicable a las listas de elegibles expedidas en los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019. Ulteriormente, el 05 de octubre de 2019, el ente territorial accionado reiteró su renuencia de efectuar el nombramiento en periodo de prueba.

Por su parte, la CNSC a través de oficio sin fecha, que fue remitido a su correo electrónico el 22 de agosto de 2019, expresó que, en razón que el 1º de agosto de 2019 en Criterio Unificado *“Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 del 27 de Junio de 2019”*, se estableció que las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, deben utilizarse para las vacantes ofertadas en dichas convocatorias, concluyó que no era posible autorizar las listas de elegibles que se profirieron en el marco de la convocatoria 20161000001406 del 29/09/2016, puesto que estas solo pueden usarse para las vacantes ofertadas.

En virtud de lo anterior, el 20 de febrero de 2020 interpuso acción de tutela contra las entidades demandadas, correspondiéndole al Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, el cual mediante sentencia del 9 de marzo de 2020,

13-001-23-33-000-2021-00391-00

denegó las súplicas de la acción constitucional, decisión que fue confirmada por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en la sentencia del 23 de abril de 2020, en razón a que consideró que podía hacer valer sus derechos en otros escenarios frente a la existencia de diversas vías jurídicas.

Finaliza manifestando que, en caso similar la CNSC a través de Resolución No. 0848 del 13 de abril de 2021, recompuso la lista de elegibles de la OPEC 44335 conformada mediante Resolución N° 20192110072255 de 18 de junio de 2019, en cumplimiento de un fallo proferido por el Juzgado dieciocho (18) Administrativo Oral del Circuito de Medellín bajo el radicado 2021-00089-00.

Que a la fecha de presentación de esta acción constitucional se encuentra en vigor la Resolución 20192110073605 del 18 de Junio de 2019, habida cuenta que el plazo de los dos (2) años de vigencia previsto para las listas de elegibles en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el canon 6 de la Ley 1960 del 27 de Junio de 2019, que se extinguía inicialmente el 08 de Julio de 2021, ahora vence el 21 de agosto de 2021, en razón de haberse prorrogado su vigencia por un término de cuarenta y cinco (45) días calendarios a través de las Resoluciones 4970 del 24 de marzo de 2020, 5265 del 13 de abril 2020, 5804 del 24 de abril de 2020 y 6264 del 22 mayo de 2020 por la CNSC.

3.2. ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda de la referencia fue repartida el 14 de julio de 2021 (fol. 382),
- Admitida mediante auto del 16 de julio de la misma anualidad (fol. 384-385), por medio del cual se les concedió a las demandadas el término de tres (3) días siguientes a su notificación, los cuales comenzarían a contabilizarse los dos (2) días hábiles después de recibida la presente providencia, para su pronunciamiento.
- La anterior providencia fue notificada por estado el 19 de julio de 2021 (fol. 386-388), y el mensaje de datos fue enviado a las partes el 22 de julio de la misma anualidad (fol. 389). Así las cosas, el término para contestar la acción vencían el 27 de julio⁵.
- La CNSC contestó la demanda, dentro del término establecido, esto es, el 27 de julio de esta anualidad (fol. 391).

⁵ Inciso 4 artículo 199 ley 2080 de 2021

13-001-23-33-000-2021-00391-00

- La Alcaldía de Medellín contestó la demanda el 30 de julio de 2021, de manera extemporánea (Fols. 513-540), por lo que se tendrá como no contestada.

3.3. CONTESTACIÓN

3.3.1. CNSC⁶.

La accionada manifestó que, una vez agotadas todas y cada una de las etapas del concurso de méritos de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, la CNSC en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales, procedió a la expedición de la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 44634, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 2, del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Medellín, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, a través de la Resolución No. CNSC - 20192110073605 de 18 de junio de 2019.

El accionante, señor Amauri Rafael Canchila Serpa, ocupó la posición 3 de la Resolución No. CNSC - 20192110073605 de 18 de junio de 2019, es decir, no ocupó posición meritoria para ser nombrado en el cargo para el cual participó. La Resolución No. CNSC - 20192110073605 de 18 de junio de 2019, conforme a lo establecido en el artículo 793 del Acuerdo citado en párrafos anteriores, la lista adquirió firmeza el día 5 de julio de 2017 y estuvo vigente hasta 4 de julio de 2021. La publicación del acto administrativo ocurrió el 25 de junio de 2019, cobró firmeza el 5 de julio de 2019, misma que fue publicada el 8 de julio de 2019, junto con la fecha de vencimiento de la lista, esto es el 4 de julio de 2021.

Manifestó que las OPEC, relacionadas por el accionante en el hecho quinto, no corresponden a empleos declarados desiertos en el marco del proceso de Selección Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, sin embargo, aclaró que, en virtud de lo dispuesto por el numeral 4 del Artículo 31 de la Ley 909 de 2004, las listas de elegibles conformadas para las OPEC antes relacionadas perdieron su fuerza ejecutoria el pasado 4 de julio de 2021, por lo cual a esta fecha todos los aspirantes que se encuentran en la mencionada lista han perdido su calidad de elegibles pues la misma perdió vigencia.

⁶ Fols. 393- 412

13-001-23-33-000-2021-00391-00

En lo que respecta a las OPEC declaradas desiertas, y que enlista en dicho escrito, señaló que las mismas actualmente están provistas de manera provisional, de lo cual solo conoce la información la entidad nominadora, y deben ser provistos de manera definitiva en un nuevo proceso de selección de conformidad con las normas que rigen la carrera administrativa.

Alegó la improcedencia de la acción conforme a la línea jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en cuanto a la existencia de otros medios judiciales para debatir un derecho como el que aquí se pretende.

Aseveró que en el presente caso no resulta procedente el uso de listas solicitado por el accionante, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dado aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria No. 429 de 2016 - Antioquia, inició con la expedición del Acuerdo No. 20161000001356 del 12 de Agosto de 2016, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto.

Así mismo, manifestó que las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria No. 429 de 2016 - Antioquia, pueden ser usadas durante su vigencia para proveer "mismos empleos" que surjan con posterioridad en la planta de personal de la entidad, y no para empleos creados con posterioridad y equivalentes, como pretende el accionante, en la medida que demanda por parte de las entidades (CNSC y entidad nominadora), una actuación no prevista en el marco del proceso de selección.

3.3.2. Alcaldía de Medellín

Contestó la demanda de forma extemporánea.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 152 numeral 14 del CPACA.

4.2.- Problema jurídico

Para efectos de decidir de fondo el caso planteado por las partes, la Sala considera que se hace necesario determinar lo siguiente:



13-001-23-33-000-2021-00391-00

¿Resulta procedente la acción de cumplimiento, para ordenar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 11, 22, 25 y 28 del Acuerdo 562 de 2016, 7 del Decreto 1227 de 2005 modificado por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012 y 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que regulan el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa ?

Superado de manera positiva el anterior problema jurídico, se entrará a determinar si:

¿En el presente asunto, las entidades accionadas están obligadas al cumplimiento de las normas antes mencionadas, y por consiguiente, hacer uso de la lista de elegibles del empleo identificado con el código OPEC 44634 adoptada mediante Resolución No. CNSC- 20192110073605 del 18-06-2019 hasta agotarla, para proveer en estricto orden descendente de méritos, los empleos convocados por la Alcaldía Municipal de Medellín declarados desiertos, que en la actualidad están en vacancia definitiva?.

4.3.- Tesis de la Sala

La Sala declarará la improcedencia de la presente acción de cumplimiento, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9 inciso 2 de la Ley 393 de 1997, por contar el accionado con otros medios de defensa ordinarios para conseguir la prosperidad de sus pretensiones, adicionalmente, no se demostró el perjuicio grave e inminente para el accionante.

4.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.4.1. Generalidades sobre la acción de cumplimiento

Para contextualizar, la acción de cumplimiento surgió como una creación del nuevo orden constitucional propugnado por la Asamblea Nacional Constituyente en el año 1991 encaminada al lograr el cumplimiento de las normas y los derechos consagrados en las mismas, de tal forma que los principios democráticos fueran una realidad material que pudiera ser impulsada por los mismos ciudadanos y un imperativo categórico para las Entidades del Estado. Así, la constitución política, en su artículo 87, dispuso:



13-001-23-33-000-2021-00391-00

«[...] Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. [...]».

En consecuencia, el Congreso de la República desarrolló este postulado constitucional a través de la Ley 393 de 1997 en la que determinó su naturaleza jurídica, objeto, características, requisitos, procedimiento y autoridades competentes. Es entonces que esta norma reglamentaria preceptuó la forma en que todo ciudadano podría recurrir ante la autoridad judicial competente con el fin de exigir el acatamiento de una Ley o un acto administrativo, siempre y cuando se supedite a las condiciones de procedibilidad fijadas por el Legislador en los artículos 8 y 9, de la siguiente manera:

«[...] Artículo 8º.- Procedibilidad. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.

Artículo 9º.- Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Parágrafo.- La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos. **[...]».**

13-001-23-33-000-2021-00391-00

Así mismo, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sostenido que la referida Ley preceptúa algunas exigencias para que la acción de cumplimiento prospere de la siguiente manera:

«[...] Ahora bien, conforme con la Ley 393 de 1997 son exigencias para la prosperidad de la acción de cumplimiento: (i) Que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos; (ii) Que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en la norma o en el acto administrativo de una manera precisa, clara y actual; (iii) Que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas sea renuente a cumplir; (iv) Que tal renuencia se acredite por el demandante de la manera como lo exige la ley. Este requisito puede exceptuarse cuando se pueda producir un perjuicio grave e inminente para el que ejerce la acción y, (v) Que tratándose de actos administrativos de carácter particular, no haya otro instrumento judicial para lograr el cumplimiento. [...]»⁷.

De la sentencia anterior, se desprende no solo que exista un acto administrativo en los casos en que la fuente de la acción sea esta voluntad de la administración; si no que también no exista otro mecanismo que permita exigir el cumplimiento de lo pretendido por el actor; todo lo anterior, unido a los dos requisitos restantes que son la obligatoriedad de dicho acto y la negligencia o resistencia de la autoridad a cumplir el mismo.

a) En cuanto al requisito de prosperidad de la acción de cumplimiento relacionado con el contenido imperativo, indudable e inobjetable de la norma cuyo acatamiento se persigue.

Respecto a este requisito fijado normativa y jurisprudencialmente para la prosperidad de la acción de cumplimiento, es necesario precisar que el mecanismo constitucional en mención no fue concebido por el constituyente para exigir el acatamiento de cualquier norma con fuerza material de Ley o acto administrativo, sino que, solo es viable frente a aquellos que contienen un mandato específico y determinado que concreta una situación específica. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de estado, con ponencia de la consejera Susana Buitrago Valencia, dentro de la acción de cumplimiento con radicado No. 2013-00041-01 (ACU), profirió la sentencia de 20 de febrero de 2014 en la que sostuvo:

⁷ Sentencia de 5 de febrero de 2015 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, radicado No. 2014-01193-01 ACU, ACTOR: And Inversiones S.A.S.



«[...] La acción consagrada en la Ley 393 de 1997 es un mecanismo de control judicial que tiene por propósito obtener que las autoridades públicas o los particulares en ejercicio de funciones públicas den cumplimiento a mandatos claros, expresos, imperativos e inobjetables contenidos en normas con fuerza de ley o en actos administrativos. Si la norma no tiene tales características, la acción no procederá. [...]».

4.4.2. Improcedencia de la acción de cumplimiento por existencia de otros medios de defensa judicial/concurso de méritos.

El H. Consejo de Estado en caso similar, en el que fungían como demandadas la CNSC y el ICBF, expuso lo siguiente:

“Se advierte que con el ejercicio de esta demanda se pretende el cumplimiento del contenido de los artículos 11 de la Ley 909 de 2004; 6 de la Ley 1960 de 2019; 2.2.5.3.2. y 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015 y; 23 del Acuerdo 562 de 5 de enero de 2016 y, en consecuencia, se conformen listas general departamental o nacional para suplir las vacantes de profesional especializado, código 2028, grado 17, perfil nutrición y dietética, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en virtud de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, además, que se haga uso de la lista de elegibles de la cual hace parte la demandante. La Sala anticipa que la acción deviene improcedente porque la parte actora acude al presente mecanismo constitucional de cumplimiento no solo para exigir el acatamiento del ordenamiento jurídico sino para juzgar el procedimiento que respecto de las listas de elegibles y su uso, ha dictado la CNSC y aplicado el ICBF. (...) En este orden de ideas, las pretensiones de la demandante no se limitan a la exigencia de un mandato claro, expreso y exigible, como es el objeto del medio de control de cumplimiento, si no que su análisis requiere que este juez constitucional se pronuncie respecto de los yerros que la parte actora adjudica al Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, estudio de legalidad para el cual no se tiene competencia en sede de la presente acción. Es necesario resaltar que el presente mecanismo constitucional no tiene como propósito analizar la legalidad de actos como el mentado criterio unificado pues para ello existe un juez natural -el de lo contencioso administrativo-, para lo cual el interesado deberá hacer uso del medio de control que mejor procure por sus pretensiones, además, la Sala no advierte la existencia de un perjuicio irremediable que permita superar esta exigencia de procedibilidad. En conclusión, encuentra la Sala que la acción de cumplimiento deviene improcedente porque contrario a procurar por el obedecimiento del ordenamiento jurídico, la demandante lo que pretende es un pronunciamiento sobre la aplicabilidad del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, respecto del cubrimiento de las vacantes del cargo para el cual concursó, lo que escapa a la competencia de este juez constitucional y al objeto del presente medio de control”⁸.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá, D.C., tres (3) de junio de

4.5. Caso concreto.

4.5.1. Hechos relevantes probados.

- Acuerdo No. CNSC 2016000001356 del 12 de agosto de 2016, por medio del cual se convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de algunas entidades públicas del Departamento de Antioquia, "Convocatoria No. 429 de 2016-Antioquia"⁹.

- Resolución No. CNSC 20192110073605 del 18 de junio de 2019, *"por medio del cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer Una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No.44634, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 2, del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Medellín, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia"*, en el que figura el actor en la posición número 3¹⁰.

- Decreto 0632 del 10 de julio de 2019 por medio del cual la Alcaldía de Medellín efectúa el nombramiento en periodo de prueba y se termina un nombramiento en provisionalidad¹¹.

- Acuerdo 562 del 05 de enero de 2016, por medio del cual se reglamenta la conformación, organización y uso de la lista de elegibles y del Banco Nacional de Lista de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa a las que aplica la Ley 909 de 2004¹².

- Respuesta de la CNSC, a la petición elevada por el actor el 23 de julio de 2019, en la que le solicitaba que se velara porque las vacantes del concurso 429, fueran cubiertas con los elegibles de dicha lista¹³.

- Respuesta de la Alcaldía de Medellín radicada con No. 201930267867 del 13 de agosto de 2019, a la petición elevada por el actor el 23 de julio de 2019¹⁴, mediante el cual expone su situación particular dentro de la

dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 05001-23-33-000-2021-00522-01 (ACU), Actor: LUZ MARLEN LÓPEZ MOSQUERA, Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

⁹ Fols. 31-71

¹⁰ Fols. 72-75

¹¹ Fols. 78-81

¹² Fols. 320-329

¹³ Fols. 333-334

¹⁴ Fol. 336-337

Convocatoria No 429 de 2016, en relación a la lista de elegibles en el código OPEC 44516, denominado Inspector de Policía, Código 233, grado 4 del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Medellín

- Respuesta de la Alcaldía de Medellín radicada con No.20193030196 del 9 de septiembre de 2019, a la petición elevada por el actor el 13 de agosto de 2019, por medio de la cual se aclara la respuesta con radicado 201930267867, en cuanto al error respecto a la información del código 44634¹⁵.

-Respuesta de la Alcaldía de Medellín radicada con No. 201930343534 del 5 de octubre de 2019, a la petición elevada por el actor el 07 de septiembre de 2019, en el que reiteraba la solicitud de nombramiento en periodo de prueba, en un empleo equivalente al empleo reportado mediante la OPEC 44634 en la Convocatoria 429 de 2016-Antioquia¹⁶.

- Respuesta de la Alcaldía de Medellín radicada con No. 202030347839 del 9 de octubre de 2020, a la petición elevada por el actor con el radicado 202010259325, en la que solicitó ser nombrado en cargos equivalentes generados con posterioridad a la convocatoria 429 de 2016, o declarado desierto en la misma convocatoria¹⁷.

4.6 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Se advierte que con el ejercicio de esta demanda se pretende el cumplimiento del contenido de los artículos 11, 22, 25 y 28 del Acuerdo 562 de 2016, 7 del Decreto 1227 de 2005 modificado por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012 y 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 ¹⁸ y, en consecuencia, se ordene a las demandadas, realizar los trámites de rigor tendientes a utilizar la lista de elegibles del empleo identificado con el código OPEC 44634 adoptada mediante Resolución No. CNSC - 20192110073605 del 18-06-2019 hasta agotarla, para proveer en estricto orden descendente de méritos, los empleos convocados por la Alcaldía Municipal de Medellín declarados desiertos, que en la actualidad están en vacancia definitiva, de la cual hace parte el demandante.

La Sala anticipa que la acción deviene improcedente porque la parte actora acude al presente mecanismo constitucional de cumplimiento no solo para

¹⁵ Fols. 340-342

¹⁶ Fols. 345-348

¹⁷ Fols. 351-355

¹⁸ "Por medio del cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"

13-001-23-33-000-2021-00391-00

exigir el acatamiento del ordenamiento jurídico sino para juzgar el procedimiento que respecto de las listas de elegibles y su uso, ha dictado la CNSC y aplicado la Alcaldía de Medellín.

En efecto, desde la etapa administrativa se advierte que las accionadas han expuesto que no es dable acceder a lo requerido por el demandante, para lo cual la Alcaldía de Medellín, en la contestación al escrito de renuencia¹⁹, expuso que:

“El CRITERIO UNIFICADO de la CNSC del 16-01-2020, vigente, expresa que “El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección. Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad 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 de los “mismos empleos” o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

Con lo anterior se indica que solamente para procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019 aplican cargos equivalentes o mismos empleos.

Para el caso de la Convocatoria 429 de 2016, que fue aprobada por el Acuerdo CNSC No. 201601000001356 del 12 de agosto de 2016, aplica una disposición diferente:

“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos” entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC” (complementación al criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019, expedido el 06 de agosto de 2020)

Por lo anterior y teniendo en cuenta que el Acuerdo CNSC No. 201601000001356 del 12 de agosto de 2016, “por el cual se convoca a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de algunas entidades públicas del Departamento de Antioquia, Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia”, fue aprobado con

¹⁹ Fols. 351-355



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.070/2021
SALA DE DECISIÓN No.004

SIGCMA

13-001-23-33-000-2021-00391-00

anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, no es posible aplicar las disposiciones allí contenidas en cuanto uso de Listas de Elegibles para empleos equivalentes, ni tampoco desiertos equivalentes y en consecuencia, no es posible acceder a su solicitud.

Sin embargo, en caso de que se hayan generado vacantes definitivas de los mismos empleos, corresponde a la entidad la obligación de reportarlas al SIMO para proceder a solicitar la autorización a la CNSC para anexar a la OPEC ofertada las nuevas vacantes y proceder, en caso de ser autorizados, a utilizar las listas de elegibles en estricto orden de mérito. En ese orden de ideas, usted participó en la OPEC 44634 que corresponde al empleo identificado como PROFESIONAL UNIVERSITARIO, código interno 21902413, ubicado en el EQUIPO SISTEMAS DE INFORMACION, adscrito a la SECRETARIA DE MOVILIDAD.

Dicho empleo acorde la actual organización de la Planta de Empleo de la entidad solo tiene una plaza, la cual ya se encuentra ocupada por la elegible ERIKA MILENA MONTOYA GUTIERREZ, quien ocupó la posición meritoria en la lista de elegibles.

Lo anterior puede ser corroborado con el encabezado del Manual de Funciones del empleo ofertado (...)"

Por su parte, la CNSC manifestó que²⁰ “

Sea lo primero informarle que una vez verificado en Banco Nacional de Listas de Elegibles se constató que la CNSC conformó lista de elegibles mediante Resolución No. 20192110073605 del 18 de junio de 2019¹, para proveer una (1) vacante del empleo No. 44634 denominado Profesional Universitario Código 219, Grado 2, de la Alcaldía de Medellín, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, en la cual Usted ocupó la tercera (3) posición.

Dado lo anterior, le informo que como Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo No. 44634, se encuentra en espera hasta que se genere una vacante durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 4 de julio del 2021.

En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas la etapas del proceso de selección², ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.

²⁰ Fols. 333-334



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.070/2021
SALA DE DECISIÓN No.004

SIGCMA

13-001-23-33-000-2021-00391-00

En atención a su petición, esta Comisión Nacional el día 1 de agosto de 2019 aprobó el Criterio Unificado "Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", mediante el cual se estableció que las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, deberán ser utilizadas para las vacantes ofertadas en dichas convocatorias.

Por lo tanto, como quiera que el Acuerdo de Convocatoria No. 20161000001406 del 29 de septiembre de 2016 "Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de algunas de las entidades públicas del Departamento de Antioquia, Convocatoria No. 429 de 2016 - Antioquia" fue proferido previamente a la expedición de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de dicho concurso de méritos solo podrán ser utilizadas para las vacantes ofertadas.

Así las cosas, en criterio de las demandadas, no hay incumplimiento de las normas que se dicen desacatadas pues, las vacantes que pide cubrir la parte actora se tienen que realizar atendiendo al Criterio Unificado emitido por la CNSC el día 16 de enero de 2020, postura que no comparte el demandante, tal y como se observa en el hecho 16 de la demanda.

En este sentido, es necesario destacar que el accionante cuestiona que:

"...16. Como puede observarse, la conducta renuente de las entidades accionadas consistente en no autorizar y ni utilizar la lista de elegibles del empleo identificado con código OPEC 44634 ofertado por la Alcaldía de Medellín en el marco de la convocatoria 429 de 2016, para proveer en ese mismo ente territorial los cargos de carrera equivalentes que fueron convocados a concurso de méritos pero declarados desiertos en la referida convocatoria, constituye un flagrante desconocimiento de lo estipulado en los artículos 11, 22, 25 y 28 del Acuerdo 562 del 05/01/2016 de la CNSC y del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que adicionó el numeral 4 al artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Cabe anotar que esta última norma (Ley 1960) es de inmediato cumplimiento y aplicación retrospectiva por ser de orden público¹, pues al entrar esta en vigencia, la lista de elegibles no comportaba una situación jurídica consolidada, por lo que su transgresión apareja la vulneración de mis derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, Igualdad de oportunidades y acceso a los cargos públicos en conexidad con el Mínimo Vital.

En este orden de ideas, resulta evidente que entre las partes existe una controversia respecto de la aplicación del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, porque las accionadas respaldan el cumplimiento de la normativa que se dice desacatada atendiendo a los precisos términos allí fijados.

Por su parte, el demandante afirma que la CNSC con el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, desconoce lo establecido en los artículos 11, 22, 25 y 28 del Acuerdo 562 del 05/01/2016 de la CNSC y del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que adicionó el numeral 4 al artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

13-001-23-33-000-2021-00391-00

En este orden de ideas, las pretensiones del demandante no se limitan a la exigencia de un mandato claro, expreso y exigible, como es el objeto del medio de control de cumplimiento, si no que su análisis requiere que este juez constitucional se pronuncie respecto de los yerros que la parte actora adjudica al Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, estudio de legalidad para el cual no se tiene competencia en sede de la presente acción.

Es necesario resaltar que el presente mecanismo constitucional no tiene como propósito analizar la legalidad de actos como el mentado criterio unificado pues para ello existe un juez natural -el de lo contencioso administrativo-, para lo cual el interesado deberá hacer uso del medio de control que mejor procure por sus pretensiones, además, la Sala no advierte la existencia de un perjuicio irremediable que permita superar esta exigencia de procedibilidad.

En conclusión, encuentra la Sala que la acción de cumplimiento deviene improcedente porque contrario a procurar por el obedecimiento del ordenamiento jurídico, el demandante lo que pretende es un pronunciamiento sobre la aplicabilidad del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, respecto del cubrimiento de las vacantes del cargo para el cual concursó, lo que escapa a la competencia de este juez constitucional y al objeto del presente medio de control.

Lo anterior, encuentra sustento en pronunciamiento reciente del H. Consejo de Estado²¹, en el que las pretensiones de la demanda son semejantes al objeto de estudio, determinando en dicha providencia que, la parte accionante cuenta con los medios ordinarios dispuestos por la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir la legalidad de los actos que pretende su cumplimiento.

En sustento de lo anterior, tal como lo expusieron las accionadas en sus escritos de contestación, no se puede desconocer que la parte demandante tiene a su disposición el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar la legalidad del pronunciamiento a través del cual le negó su nombramiento en periodo de prueba, al ser un acto administrativo de carácter particular que generó efectos respecto de su situación concreta.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 05001-23-33-000-2021-00522-01 (ACU), Actor: LUZ MARLEN LÓPEZ MOSQUERA, Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

13-001-23-33-000-2021-00391-00

Por lo expuesto, la Sala declarará la improcedencia de la acción porque como se demostró la controversia suscitada entre las partes escapa al conocimiento de este juez constitucional y no permite abordar el fondo del asunto, como ya quedó suficientemente explicado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII.- FALLA

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción constitucional, por las razones expuestas en este proveído.

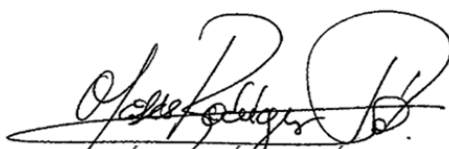
SEGUNDA: NOTIFÍQUESE a las partes, en las formas previstas en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, si la misma no es apelada, procédase al **ARCHIVO**, previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Ausente con permiso

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ