

JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, julio trece (13) de dos mil veinte (2020)

Referencia: Acción de Tutela

Accionante: SELENE JUDITH ORTEGA MORALES

Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF Y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.

Radicado: 2020-111

Sentencia:

Asunto: No se protegen derechos invocados.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la acción de tutela promovida por la señora SELENE JUDITH ORTEGA MORALES, identificada con la C.C. 52.587.769, quien se localiza en la calle 65 No. 56-84, Apartamento 212, Torre 1, Urbanización Paseo de Sevilla, Municipio de Medellín-Antioquia, teléfono celular 310-373-2841, correo electrónico: topacio546@yahoo.com.mx, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC, con el fin de que se tutele sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y acceso a cargos públicos, garantizados por la Constitución Política. Este Despacho vinculó a los terceros interesados en la presente acción constitucional.

VINCULACION DE TERCEROS:

Los terceros interesados fueron debidamente notificados por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, frente a la existencia y trámite de la presente acción constitucional, tal como se observa en el pantallazo aportado por dicha entidad al momento de brindar respuesta a la presente acción de tutela.

ANTECEDENTES

La accionante planteó en el escrito de tutela, la siguiente narración fáctica y jurídica:

Manifestó que *"Mediante acuerdo No. 20161000001376 de 05 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocó a concurso abierto de méritos, para proveer definitivamente todos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria No. 433 de 2016"*.

Que participó en dicho concurso, *"inscribiéndome para el cargo de Trabajadora social profesional universitario, identificado con el código OPEC No. 39959, del Sistema General de Carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para cubrir una (1) vacante existente en el municipio de Medellín (Antioquia), de la convocatoria 433 de 2016-ICBF"*.

Que como superó todas las pruebas y etapas aplicadas durante el concurso de méritos, *"la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución Nro. 20182230040845 del 26 de abril de 2018, en donde se conformó la lista de elegibles para proveer (1) vacante del empleo identificado con el código 2044, grado 08, identificado con el código OPEC. NO. 39959, denominado profesional universitario, existente en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del municipio de Medellín Antioquia, acto administrativo que tiene vigencia de dos años"*.

Que hace parte del registro de elegibles, ocupando la posición número 3, con puntaje 70,81, cumpliendo con los requisitos exigidos en la convocatoria, además de aprobar todas las pruebas del concurso, por lo que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha realizado nombramientos en el cargo de profesional universitario Trabajo social en la Regional Antioquia, según se expresa en el escrito de tutela.

Que *"El gobierno nacional expidió el Decreto 1479 de 2017 " por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar", "Cecilia de la Fuente de Lleras y se dictan otras disposiciones", Creando nuevos empleos, entre estos 2.565, Código 2044 , grado 7, diferentes a los de la convocatoria 433 de 2016, dando lugar a que en el municipio de Medellín y en el departamento de Antioquia, se crearan más cargos que se encuentran en provisionalidad, así mismo se dictó, entre otras disposiciones, la consagrada en el art. 6, donde se estableció que "Los empleos que se crean en el presente decreto deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la ley 909 de 2004, y en las normas que la modifiquen adicionen, sustituyan o reglamenten"*.

Que: *"No obstante el ICBF, en relación con los nuevos cargos de profesional universitario creados, con ocasión al Decreto 1479 de 2017, cubrió dichas vacantes con personal externo mediante nombramiento provisional"*.

Que *"El 27 de junio del 2019, el Congreso de la República expidió la ley 1960, la cual modifico la ley 909 de 2001 y el Decreto 1567 de 1998, cuyo artículo 6 establece lo siguiente: "El numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, quedará así: **Con los resultados de las pruebas de la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborara en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surja con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad"***.

Que "El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, viene haciendo caso omiso a lo dispuesto por la ley 1960, la cual entro en vigencia a partir de 27 de junio de 2019, a pesar de que los nuevos cargos de profesional universitario, por el decreto 1479 de 2017, se encuentran cubiertos en provisionalidad, no ha dado trámite al registro de elegibles existentes para dichos cargos, esto es, seguir con los nombramientos en propiedad, con las personas que hacemos parte de la resolución No. 20182230040845 del 26 de abril de 2018".

Continuó manifestando la parte actora, que el 08 de octubre de 2018, presentó derecho de petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar donde solicitó certificara "a nivel Nacional, Departamental, Regional y de centro zonal qué cargos se encuentran en vacancia definitiva, desiertos, en provisional o en encargo que tienen el Código OPEC N° 39959, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO código 2044 grado 8, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF convocatoria N° 433 del 2016", e igualmente para que certificara "sobre los cargos que hay vacantes en provisionalidad, Profesional universitario de Trabajo Social a nivel Nacional, Departamental Regional y zonal".

Que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 21 de noviembre de 2018 brindó respuesta a dicho derecho de petición y certificó lo peticionado frente a los cargos que se encuentran en vacancia definitiva, desiertos, en provisionalidad o en encargo, tanto a nivel Nacional, Departamental, Regional como de centro zonal; y para Antioquia, manifestó que había "Encargo en vacante definitiva : 01" y en "vacante definitiva: 01. Total general: 02". Y también el 12 de diciembre de 2018, el ICBF le brindó otra respuesta, a través de la cual le informó sobre los cargos de profesional Universitario de Trabajo Social tanto a nivel Nacional, Departamental, Regional como de centro zonal; y para Antioquia, manifestó: "Profesional Universitario 2044-7: (...) Provisional Vacante Definitiva: 08 (...). Total general: 08"; "Profesional Universitario 2044-11: Encargo en Vacante Definitiva: 01 (...). Total general: 01"; "Profesional Universitario 2044-7: (...) Provisional Vacante Definitiva: 95. Vacante Definitiva: 12 (...) Total general: 107"; "Profesional Universitario 2044-8: Encargo en Vacante Definitiva: 01 (...). Vacante Definitiva: 01. Total general: 02"; "Profesional Universitario 2044-1: (...) Provisional Vacante Definitiva: 08 (...) Total general: 08".

Que teniendo en cuenta los "cargos en provisionalidad en el departamento de Antioquia, y que precisamente en el municipio de Medellín, para el que me presenté existen dos cargos en las mismas condiciones, y que dicho cargos que se encuentran uno en vacante definitiva y el otro en encargo vacante definitiva, deben ser ocupados por las personas que conforman en estricto orden la lista de elegibles a la que pertenezco, además se anexa el listado de nivel nacional correspondiente al grado 7 con 107 cargos para proveer".

Que el 10 de marzo de 2020 presentó nuevo derecho de petición al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, solicitando: "Se me nombre en el proceso en Período de Prueba

Carrera Administrativa cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 2044 GRADO 8, (Código OPEC 39959) el cual se encuentra en encargo de vacante definitiva ubicado en la Regional Antioquia dependencia Dirección Regional, según certificación a nivel nacional, departamental y de Centro Zonal expedida por la sede nacional el pasado 21 de noviembre de 2018". "FINALIDAD: Lo anterior lo requiero por cuanto me encuentro en la lista de elegibles vigente según la Resolución No. CNSC-20182230040845 del 26-04-2018".

Que el 24 de junio de 2020, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, brindó respuesta a dicho derecho de petición y manifestó que:

"El día 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC emitió el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" en el que se dispuso:

"Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

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, 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."

"Para dar cumplimiento de lo anterior, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, a la fecha ha adelantado las siguientes acciones":

"1- Verificación e identificación en la planta global, los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio anterior (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,) y en especial la ubicación geográfica".

"2- Se validaron las 1196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016",

"3- Como resultado de lo anterior, se evidencia que para la OPEC No. 39959 ofertada dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para la cual usted participó y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC".

"En consideración con lo anterior, no es posible acceder favorablemente a su petición de nombramiento".

Manifiesta la parte actora *"que de acuerdo a la respuesta del ICBF, en donde me indican que este tipo de solicitud no es favorable, sin ningún tipo de motivación ni argumentación jurídica, afirmando la entidad que no es viable aplicar lo señalado en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, criterio unificado, debidamente aprobado y expedido por la CNSC el pasado 16 de enero del 2020, resaltando que dicho criterio, se está aplicando en las diferentes listas de elegibles. Aunado a lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad a la que le envié copia de la solicitud anterior, no se pronunció al respecto"*.

Que el ICBF *"desconoce mi posición meritoria en la lista de elegibles, además sin razón alguna deciden inaplicar la Ley 1960 de 27 junio 2019, sin ningún tipo de argumento jurídico no continúan el proceso de agotar la proveer los empleos en vacancia definitiva, y en provisionalidad con las personas que se encuentran en la lista de elegibles, actuación que vulnera los derechos al debido proceso, a la igual, al acceso a un cargo público y es preocupante, debido a que actualmente por mérito propio, ocupo el 3 puesto, en la lista de elegibles de la resolución Nro. 20182230040845 del 26 de abril de 2018, sin que hasta la fecha hayan procedido con el nombramiento y la posesión al que tengo derecho"*, vulnerándosele el derecho al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y acceso a cargos públicos, garantizados por la Constitución Política, según se expresa en el escrito de tutela.

Y con fundamento en lo anterior, la parte actora solicita que le sean tutelados los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, al TRABAJO, a la IGUALDAD y al ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.

Peticiona que se ordene *" a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que dentro del término de 48 horas, proceda a remitir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el registro de elegibles vigente y actualizado a la que pertenezco para el cargo de profesional universitario, código 2044, grado 8 OPEC 39959, resolución 20182230040845 del 26 de abril de 2018 , para cubrir las vacantes creadas por el decreto 1479 de 2017, para el municipio de Medellín y se efectúe el acto administrativo de nombramiento en periodo de prueba en el referido cargo, empleo que cumple las mismas funciones y calidades del cargo al que me presenté, en caso de no ser posible, se me nombre en período de prueba en el grado 7° en la ciudad de Medellín cargo que es equivalente al que me presenté, lo pedido es de acuerdo al decreto 1083 de 2015 Único Reglamentario del Sector de Función pública estipula lo siguiente artículo 2.2.11.2.3"*.

Y *"que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, proceda a dar el tratamiento que legalmente corresponde a los cargos de Profesional Universitario- psicólogo en el ICBF en la Regional Antioquia"*.

ALGUNAS PRUEBAS DOCUMENTALES APORTADAS POR LA PARTE ACTORA

- Obra copia de la Resolución No. CNSC – 20182230040845 del 26-04-2018, emitida por el Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39959, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044 , Grado 8, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 –ICBF”*. Y en la parte resolutive de dicha Resolución se expresó:

“ARTICULO PRIMERO: Conformar la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC 39945, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8, ofertado en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF reglamentada por el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, así:

<i>Posición</i>	<i>Tipo Documento</i>	<i>Documento</i>	<i>Nombre</i>	<i>Puntaje</i>
<i>01</i>	<i>C.C.</i>	<i>43794909</i>	<i>NELLY GÓMEZ ZULUAGA</i>	<i>71.91</i>
<i>02</i>	<i>C.C.</i>	<i>43989692</i>	<i>ANGELICA MARIA QUERUBIN YEPES</i>	<i>71.14</i>
<i>03</i>	<i>C.C.</i>	<i>52587769</i>	<i>SELENE JUDITH ORTEGA MORALES</i>	<i>70.81</i>
<i>04</i>	<i>C.C.</i>	<i>43987908</i>	<i>OLGA ASTRID HOYOS SALAS</i>	<i>68.61</i>

(...)”

- Obra copia del primer derecho de petición presentado por la parte actora ante el ICBF el 08 de octubre de 2018. En dicho derecho de petición se solicitó: *"se sirva certificar a nivel Nacional, Departamental, Regional y de centro zonal que cargos se encuentran en vacancia definitiva, desiertos, en provisional o en encargo que tienen el Código OPEC N° 39959, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO código 2044 grado 8, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF convocatoria N° 433 del 2016. Igualmente me permito solicitarle se sirva certificar sobre los cargos que hay vacantes en provisionalidad, Profesional universitario de Trabajo Social a nivel Nacional, Departamental Regional y zonal (...)”*.

- Obra copia del segundo derecho de petición presentado por la parte actora ante el ICBF el 08 de octubre de 2018. En dicho derecho de petición se solicitó: *"se sirva certificar sobre los cargos que se encuentran vacantes en Provisionalidad, Profesional universitario de Trabajo Social a nivel Nacional, Departamental Regional y zonal (...)”*.

- Obra copia del tercer derecho de petición presentado por la parte actora ante el ICBF el 10 de marzo de 2020. En dicho derecho de petición se solicitó: *"Se me nombre en el proceso en Período de Prueba Carrera Administrativa cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 2044 GRADO 8, (Código OPEC 39959) el cual se encuentra en encargo de vacante*

definitiva ubicado en la Regional Antioquia dependencia Dirección Regional, según certificación a nivel nacional, departamental y de Centro Zonal expedida por la sede nacional el pasado 21 de noviembre de 2018". "FINALIDAD: Lo anterior lo requiero por cuanto me encuentro en la lista de elegibles vigente según la Resolución No. CNSC-20182230040845 del 26-04-2018 (...)"

ACTUACIÓN PROCESAL.

El Despacho admitió la acción de tutela objeto de análisis mediante auto del 02 de julio de 2020 en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF y de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-, ordenando su trámite de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992. Igualmente se vinculó a todas las personas que puedan tener interés en el presente trámite constitucional.

Se surtió la respectiva notificación a las accionadas y a la vinculada, a las cuales les fue enviado copia del escrito de tutela y del auto admisorio de la misma para que en el término de dos (02) días, dieran respuesta a los hechos de la acción, aportando los documentos que tuvieran en su poder.

El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC- brindaron respuesta a la presente acción de tutela, a la cual más adelante se aludirá.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política y el Decreto 2591 de 1991 (art. 37), este Juzgado es competente para conocer de la solicitud de amparo constitucional en referencia, porque es este el lugar donde presuntamente ocurre la violación o amenaza de los derechos cuya protección se invoca.

Del análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

1. La tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para los derechos fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos

excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, este Juzgado considera que son requisitos para el estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de los siguientes presupuestos:

2. *Relevancia constitucional.* En el presente caso se cumple con este requisito, habida cuenta de que la discusión se circunscribe a si conforme al artículo 23 de la Constitución y demás derechos invocados como vulnerados por la parte accionante, se configuran los elementos para que el juez constitucional proteja los derechos al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y acceso a cargos públicos, garantizados por la Constitución Política, en contra de las accionadas y a favor de la parte actora ¹.

3. *Legitimación en la causa.* En el presente caso se satisfacen los requisitos de legitimación en la causa, tal y como se evidencia a continuación:

(i) *Por activa:* acorde con la Constitución y la ley², toda persona puede presentar acción de tutela "por sí misma o por quien actúe a su nombre"³. En el presente caso, la parte accionante, quien se considera titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, actúa en causa propia, con el fin de interponer la demanda objeto de estudio en la presente sentencia⁴.

(ii) *Por pasiva:* el artículo 86 de la Constitución Política dispone que toda persona tendrá la acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales "cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública". En el caso *sub lite*, la parte actora atribuye al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entidades de carácter Estatal, la violación *directa* de sus garantías fundamentales, al no nombrarla en Período de Prueba - Carrera Administrativa - en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 2044 GRADO 8, (Código OPEC 39959), por haber concursado y estar en lista en el citado cargo.

¹ Sentencia T-422 de 2018. Este requisito tiene por objeto: "(i) Preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces".

² Constitución Política, artículo 86, y Decreto Ley 2591 de 1991, artículos 1 y 10.

³ Sentencia SU-377 de 2014. "No es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre. El tercero debe sin embargo tener una de las siguientes calidades: (i) representante del titular de los derechos, (ii) agente oficioso, o (iii) Defensor del Pueblo o personero municipal. En específico: (i) representante puede ser, por una parte, el representante legal (cuando el titular de los derechos sea menor de edad, incapaz absoluto, interdicto o persona jurídica), y por otra el apoderado judicial (en los demás casos). Para ser apoderado judicial, la persona debe ser abogado titulado y a la acción debe anexar poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo".

⁴ Fls. 6 cuaderno principal.

4. Inmediatez. Para evaluar el cumplimiento de este requisito de procedencia, el juez constitucional debe constatar que entre la fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela medie un tiempo "razonable"⁵. Frente al caso concreto, el Juzgado considera que no se ejerció la defensa en un tiempo razonable y proporcionado, si se tiene en cuenta que la conformación de la lista de elegibles se realizó mediante acto administrativo emitido el 26 de abril de 2018, es decir que dicho acto fue emitido hace más de dos (02) años. Y adicionalmente la Ley 1960 del 27 junio 2019, tiene más de un año de haber sido expedida.

5. Subsidiariedad. La Constitución Política caracteriza a la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judiciales ordinarios, los cuales constituyen, entonces, instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas que buscan la protección de sus derechos fundamentales⁶. En relación con el caso sub lite, el Juzgado advierte que, en principio, no se supera este requisito, por cuanto la accionante ha tenido a su disposición, la posibilidad de iniciar las acciones judiciales correspondientes, ante la respectiva jurisdicción que fuere competente en este caso para desatar de fondo el problema propuesto por la actora. Sin embargo este Despacho realizará un análisis del caso, en los términos que más adelante se exponen.

PROBLEMAS JURIDICOS DEL CASO CONCRETO

Corresponde a este Despacho determinar, con apoyo en las pruebas obrantes en el proceso, si la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, vulneran los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, al no habersele nombrado en período de prueba – carrera administrativa, según

⁵ Cfr., entre otras, las sentencias T-001 de 1992, C-543 de 1992, SU-961 de 1999, T-575 de 2002, T-526 de 2005, T-033 de 2010, T-060 de 2016 y SU-391 de 2016. Sentencia SU-378 de 2014. "La jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en señalar que el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, de tal manera que ésta debe ejercerse dentro de un término oportuno, justo y razonable, circunstancia que deberá ser calificada por el juez constitucional de acuerdo con los elementos que concurren en cada caso. En este sentido ha reiterado la Corte que debe existir un término razonable entre la ocurrencia de la vulneración o puesta en riesgo de los derechos fundamentales del accionante y la presentación de la demanda, en la medida que la naturaleza misma de este medio de defensa judicial no sólo tiene que ver con la urgencia en la protección de las garantías constitucionales de una persona, sino también con el respeto a la seguridad jurídica y a los derechos de los terceros afectados".

⁶ Constitución Política, artículo 86 y Decreto 2591 de 1991, artículos 6 y 8. Según estas disposiciones, la acción satisface esta exigencia en caso de que no existan medios judiciales de defensa disponibles o, de existir, si resulta necesaria para evitar la materialización de un riesgo de perjuicio irremediable, que se caracteriza por ser (i) cierto, en cuanto a la producción de una afectación, (ii) altamente probable en su concreción, (iii) inminente y, por tanto, requiera una pronta intervención del juez constitucional, con el fin de evitar la proximidad de consumación de un daño que el medio de defensa existente no es eficaz para impedir, y que, (iv) en consecuencia, exija la impostergable actuación del juez de tutela.

lo afirma la accionante. Y además debe examinarse si en el presente caso, la actora ha tenido en cuenta o no, el carácter residual de la acción de tutela. Para lo cual se determinará si dispone o no de otros medios alternativos, a través de los cuales pueda solicitar la protección de los derechos que alega como vulnerados?.

RESPUESTA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al brindar respuesta a la acción de tutela, a través del Doctor EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO, en su calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - en adelante ICBF, quien luego de referirse a cada uno de los hechos, expone, entre otros aspectos, lo siguiente:

"(...) se informa que el ICBF, no tiene datos de contacto de las personas que actualmente hacen parte de las listas de elegibles, toda vez que dichas listas son realizadas por la CNSC, quien es la dueña de la información de las personas que las conforman y la responsable y encargada de adelantar el proceso de convocatoria (...). Verificadas las bases de datos de la entidad (ICBF) se evidenció que la servidora pública SELENE JUDITH ORTEGA MORALES identificada con cédula de ciudadanía No. 52.587.769 se encuentra vinculada en la Planta de Personal del ICBF, mediante nombramiento provisional en el empleo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 2044 GRADO 07, asignada al Grupo de Protección de la Regional Antioquia, desde el 04 de marzo de 2019(...)".

Que "El ICBF estima que en el presente caso la acción de tutela **deviene improcedente**, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: **(i) ya se publicó la lista de elegibles, la cual adquirió firmeza hace dos años, se conformó para proveer (1) vacantes, y en dicha lista Selene Judith Ortega Morales ocupó la posición número 3; por lo que existe una persona con mejor derecho que la accionante. Además, es preciso mencionar que esta lista está vencida desde el día 16 de mayo de 2020, aproximadamente un mes y medio antes de la presentación de la presente acción de tutela conforme el acta general de reparto.** (ii) la actora no cuestiona dicha lista, ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles, sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; **(iii) en el fondo, la accionante ataca la aplicación de un acto de carácter general, proferido por la CNSC, denominado "Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019" del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad"**.

Igualmente manifestó el ICBF que una vez "**Surtido el procedimiento establecido por la Comisión, el ICBF encontró que la accionante exige su nombramiento en un cargo que: NO guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la**

convocatoria, toda vez que no cumple los requisitos establecidos en el Criterio unificado, específicamente PERFIL Y UBICACIÓN GEOGRÁFICA tal y como se explicará. Desconocer esta condición puede afectar los derechos de las personas que conforman listas de elegibles que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC (...)”.

También el ICBF indicó que “(...) Para el caso concreto, a través de la Oferta Pública de Empleos de Carrera No. 39959(OPEC 39959), **se ofertaron (1) vacantes del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, cuya ubicación geográfica era la Regional Antioquia, Medellín, (...)**. La lista de elegibles de la OPEC 39959, prevista para proveer (1) vacantes, publicada por la CNSC mediante la Resolución No. **20182230040845 del 26 de abril de 2018**, estaba conformada por (4) personas, dentro de las cuales la señora Selene Judith Ortega Morales, ocupó la posición No. 3, tal y como se observa (...)” en la citada Resolución.

Y que una vez en firme la lista de elegibles, el ICBF, mediante Resolución de nombramiento No. 6638-18 del 30 de mayo de 2018, nombró a la persona que ocupó el primer (1er) lugar de elegibilidad, esto es a la señora NELLY GÓMEZ ZULUAGA, identificada con la C.C. 43794909, en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8; por lo que dicha persona ya tiene derechos de carrera por haber superado los seis (6) meses en periodo de prueba.

Por lo que el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016, para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, OPEC 39959, en el que participó la hoy accionante, señora Selene Judith Ortega Morales, ya se surtió con el nombramiento y posesión de la participante, señora NELLY GÓMEZ ZULUAGA.

Que “No obstante, el 16 de enero de 2020, la CNSC emitió criterio unificado sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y determinó, como órgano rector de la carrera administrativa que era procedente dar cumplimiento a la norma frente a las listas de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y se encontraban vigentes”, por lo que el ICBF ha acatado lo previsto por este órgano especializado en el sistema de carrera administrativa, adelantando las acciones necesarias, de acuerdo con la reglamentación de la CNSC.

Que “Aceptar la aplicación de la lista de elegibles de la accionante, desconocería los derechos de las personas que se inscribieron en las OPEC correspondientes al empleo, en las ubicaciones geográficas para las que SÍ se crearon nuevas vacantes, pues estas personas desde el inicio de la convocatoria escogieron esa ubicación, presentaron las pruebas y aprobaron el proceso a la luz de las necesidades del servicio de aquellos territorios”.

Que como se evidenció, para empleo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, OPEC (39959) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para el cual participó la

señora Selene Judith Ortega Morales y que hace parte de la lista de elegibles, “*NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, toda vez que no se cumplen con los lineamientos establecidos por la Comisión como son perfil, Grado y ubicación geográfica para este caso específico*”.

Por lo anterior el ICBF, solicitó se declarara improcedente la presente acción de tutela por no cumplir los requisitos de relevancia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable; y que en caso de que la tutela sea procedente, se solicita subsidiariamente sea negada la misma, por cuanto no le ha vulnerado ningún derecho constitucional fundamental a la parte actora.

Como anexos a dicha respuesta, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar aportó certificación emitida el tres (3) de julio de 2020, por el Director de Gestión Humana de dicha entidad, en la cual se expresa:

*“En atención a la solicitud de **SELENE JUDITH ORTEGA MORALES** dentro de la Acción de Tutela No **2020-00061**, promovida contra el ICBF, certifica:*

“El ICBF, no tiene datos de contacto de las personas que actualmente conforman las listas de elegibles, toda vez que las listas de elegibles son responsabilidad de la CNSC, quien es la dueña de la información de las personas que participaron en la convocatoria y a su vez, es quién conformó las listas de elegibles.

*“Que no obstante lo anterior, el ICBF procedió a publicar en su página web la acción de tutela de **DIEGO ANDRES FERNANDEZ SILVA**, la cual se puede consultar en el siguiente link: <https://www.icbf.gov.co/notificaciones-fallos-de-tutela>*

*“Que verificadas nuestras bases de datos se evidencio que la servidora pública **SELENE JUDITH ORTEGA MORALES** identificada con cédula de ciudadanía No. **52.587.769** se encuentra vinculada en la Planta de Personal del ICBF, mediante nombramiento provisional en el empleo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 2044 GRADO 07, asignada al Grupo de Protección de la Regional Antioquia, desde el 04 de marzo de 2019”.*

“CONSIDERACIONES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR FRENTE A LA ACCIÓN DE TUTELA”

“Que mediante Acuerdo No. CNSC – 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

“Que a través del concurso de méritos adelantado en la Convocatoria 433 de 2016, se realizó una oferta pública de empleos para realizar la provisión definitiva de 2470 vacantes, correspondientes a empleos de carrera administrativa en diferentes denominaciones, códigos, grados, ubicaciones geográficas, requisitos y niveles”.

*“Que los empleos vacantes se ofertaron a través de diferentes números de OPEC teniendo en cuenta la ubicación geográfica de éstos. Dentro de los cuales se ofertó el empleo **Profesional Universitario Código 2044 Grado 08 OPEC 39959**”.*

*“Que a través de la **OPEC 39959** se ofertó **UNA (01)** vacante para el cargo de **Profesional Universitario Código 2044 Grado 11 OPEC 39959**; información y requisitos que pueden ser consultados en la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el enlace: <https://www.cnscc.gov.co/index.php/consulte-opec-433-icbf>”*

“Que la OPEC No. 39959 ofertó UNA (01) vacante para el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 08 OPEC 39959, cuya lista de elegibles fue publicada por la Comisión mediante Resolución No. 20182230040845 del 26 de abril de 2018 quedando habilitados cuatro (04) elegibles, en donde SELENE JUDITH ORTEGA MORALES ocupa la posición número tres (03) de elegibilidad (...).”

“USO DE LISTAS DE ELEGIBLES:

“El día 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” en el que se dispuso:”

“Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria”.

“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, 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.”.

“Para dar cumplimiento de lo anterior, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, a la fecha ha adelantado las siguientes acciones:

- *Verificación e identificación en la planta global, los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio anterior (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,) y en especial la ubicación geográfica.*
- *Se validaron las 1196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016,*
- *Como resultado de lo anterior, se evidenció que para empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 11 OPEC 39959 ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para el cual participó la señora SELENE JUDITH ORTEGA MORALES y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC. Toda vez que no se cumplen con los lineamientos establecidos por la Comisión como son Grado, perfil, profesión y ubicación geográfica para este caso específico. (...).”*

RESPUESTA BRINDADA POR LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-

El Asesor Jurídico de dicha entidad, en su respuesta a la presente acción de tutela, se opuso a la prosperidad de la misma, por no existir un perjuicio irremediable, ya que la accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama. Y agrega la entidad que *“no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir el uso de listas, lo anterior como quiera que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que las listas de elegibles sólo generan un derecho adquirido a los elegibles que, al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y consecuencia de su*

ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron con base en el número de vacantes ofertadas por empleo”.

En cuanto al caso concreto, expuso que es cierto que la accionante participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC No. 39959, y que, una vez superadas las fases del concurso, se publicó la Resolución No. CNSC – 201822230040845 del 26 de abril de 2018, *“ Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39959, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2044, Grado 8, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF”,* en la cual la actora ocupó la posición No. 3.

Que “comoquiera que para el empleo en mención se ofertó sólo una (1) vacante, el elegible que adquirió el derecho a ser nombrado en período de prueba para el cargo, fue el aspirante que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles. Como se observa, la accionante ocupó la tercera posición, razón por la cual, no es posible que se realice su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo”.

*Que “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 selección, 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”.***

Que “En relación con la vigencia de la Lista de Elegibles, el Acuerdo de Convocatoria, dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 64°. VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza. En ese entendido, la Lista de Elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC – 201822230040845 del 26 de abril de 2018, cobró firmeza el 17 de mayo de 2018 y bajo la norma citada, los dos años de vigencia de dicho acto administrativo vencieron el 16 de mayo de 2020, razón por la cual, dicha Lista de Elegibles, no puede ser utilizada para la provisión de empleos en el ICBF, en razón a que ya perdió vigencia (...).”.

“Lo anterior configura un impedimento legal para proceder a realizar el nombramiento de un elegible que integra una Lista de Elegibles vencida, pues conforme lo dispuesto en la Sentencia SU -446 de 2011, las listas de elegibles una vez pierde su vigencia como en el presente caso, pierde los efectos jurídicos para los elegibles que la integran (...).”.

Continúo manifestando el asesor jurídico de la CNSC, en cuanto a la Subsidiariedad de la acción de tutela que:

"Pese a lo anterior, para esta Comisión Nacional en la presente acción de tutela no se acredita el requisito de subsidiariedad, el cual se sustenta bajo los siguientes términos: A la luz de una detallada revisión de las probanzas allegadas al presente trámite, se concluye que no tienen la virtud de acreditar los supuestos del perjuicio irreparable al que pudiera verse enfrentado el tutelante, circunstancia que funge como requisito sine qua non para ejercitar el presente instrumento jurídico procesal de carácter constitucional, a fin de cuestionar actos de naturaleza administrativa, así, en punto del problema jurídico surge diáfano que la acción de amparo no cumple con el presupuesto de subsidiariedad, de tal manera que, no sería posible adentrarse al fondo de la controversia para verificar si la negativa de realizar uso de Listas de Elegibles para proveer nuevas vacantes, quebrantó los derechos fundamentales del accionante.

"En ese entendido, se ha de hacer especial claridad que los actos administrativos (Acuerdo de Convocatoria, Resolución Lista de Elegibles, Resolución revoca artículo cuarto) cuestionados por el accionante se emitieron en el proceso de un concurso de méritos, ante lo cual, la Jurisprudencia también ha mantenido el criterio de la improcedencia de la tutela cuando se busca precisamente revisar las reglas o pautas que rigen tal proceso, así como aquéllas determinaciones que se adopten en la evolución de sus etapas o fases (...)"

Por lo anterior, solicitó se declarara la improcedencia de la presente acción constitucional, por cuanto dicha entidad no le ha vulnerado ningún derecho constitucional fundamental a la parte actora; además de que la Lista de Elegibles, perdió su vigencia.

ALGUNAS PRUEBAS APORTADAS POR LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

- Obra copia del Acuerdo No. CNSC- 20161000001356 del 05-09-2016, emitido por el Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil *"Por el cual se convoca a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF"*.

- Obra constancia de inscripción en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO-, N° de inscripción 52587769 del 11 de noviembre de 2016 a nombre de Selene Judith Ortega Morales, en la entidad: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF-, N° de empleo 39959, código 2044, cargo Profesional Universitario, Nivel Jerárquico: Profesional. Grado: 8.

- Obra documento emitido el 7 de julio de 2020 por el DIRECTOR DE ADMINISTRACION DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, a través del cual certifica que la servidora pública NELLY GÓMEZ ZULUAGA identificada con cédula de

ciudadanía No. 43794909 se encuentra inscrita y/o actualizada en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo que a continuación se relaciona:

Entidad: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-. Cargo: Profesional Universitario. Código: 2044. Grado: 08. (...) Nivel: Profesional. Resolución No. 4138. Fecha Resolución: 26/02/2020. Observaciones: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-"

- Obra copia de la RESOLUCIÓN No. CNSC – 20182230040845 DEL 26-04-2018 *"Por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer Una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39959, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8, del Sistema General de Carrera del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 –ICBF"*, emitida por el COMISIONADO NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Este Despacho trae a colación la sentencia emitida por el Honorable TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA PRIMERA DE ORALIDAD, MAGISTRADO PONENTE: DR. ÁLVARO CRUZ RIAÑO, el veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciocho (2018), dentro de la ACCIÓN DE TUTELA, donde actuó como DEMANDANTE KATHERINE VARGAS POVEDA y DEMANDADAS LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y LA UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN, RADICADO 05001-33-33-021-2018-00002-01.

En dicha providencia se hizo alusión al tema de los CONCURSOS DE MÉRITOS. Y dentro del marco normativo y jurisprudencial, el Honorable Tribunal expuso:

"2.3.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia"

"El artículo 86 de la Constitución Política establece la acción de tutela para que toda persona pueda: "(...) reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

"Esta acción constituye un mecanismo preferente, al ser un instrumento de protección inmediata de derechos fundamentales, y subsidiario por cuanto debe entenderse como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera tal que existiendo otros medios judiciales para la protección de los derechos fundamentales invocados, sólo procederá cuando éstos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; este principio de subsidiariedad se encuentra expresado normativamente en el tercer inciso del artículo 86 constitucional".

“Pese lo anterior, la Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha manifestado que en relación con los concursos de méritos para acceder a los cargos de carreras, la acción de tutela es pertinente aun cuando teniendo la oportunidad de presentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al considerar que dicho medio de control no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos”.

“En este sentido, aquella Corporación en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, señaló:

“—... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos”. (Ver también sentencias T-315 de 1998, SU-133 del 2 de abril de 1998, T-425 del 26 de abril 2001, de la Corte Constitucional”.

“Así mismo, en Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para poder la entidad excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata”.

“En tal sentido, la Sentencia SU-913 de 2009 señaló que: “Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”

“Se concluye entonces, que la máxima Corte de lo constitucional ha sido enfática al manifestar que la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera”.

“En todo caso, debe reiterarse que no basta la sola existencia de otro mecanismo de defensa de los derechos fundamentales para declarar la improcedencia de la tutela, sino que dicho mecanismo deber ser además efectivo para la protección de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados”.

“Así las cosas, con respecto a la protección ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se requiere de la tutela, la Corte Constitucional en sentencia SU 339 de 2011, señaló que:

“—En estos casos se ha establecido que las acciones ordinarias como son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, retardan la protección de los derechos fundamentales de los actores, así mismo se ha señalado que estas acciones carecen, por la forma como están estructurados los procesos, de la capacidad de brindar un remedio integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el respectivo cargo público”.

“2.3.2. La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa”.

“El concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo, por lo que es necesario que los principios que lo inspiran sean respetados”.

“Sobre la igualdad, la equidad y el debido, la Corte Constitucional en sentencia T 180 de 2015, señaló lo siguiente:

“—El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado”.

“Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin

distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales”.

“Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado”.

“De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso, la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario —y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.

“La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso”.

“Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, —que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman”.

“Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales”.

“Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconstituyen sin existir razones válidas que lo ameriten”.

“2.3.3. El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos”

“La convocatoria, es el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo de carrera administrativa. En ella se consagran las bases del concurso, por lo que es tenida como la norma que regula el concurso de méritos, sobre el tema el máximo órgano de lo constitucional, señaló lo siguiente:

“—El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125 superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte —todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales”.

“El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo”.

“Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

“(i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales. (ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada. (iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso

cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa. (iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido”.

“En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen —ley para las partes|| que intervienen en él”.

“Así las cosas, la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse a aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante”.
(HASTA AQUÍ EL ANTERIOR PRECEDENTE)

CASO CONCRETO-CONCLUSION

En síntesis, los motivos de inconformidad de la parte accionante se refieren, a que “*El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, viene haciendo caso omiso a lo dispuesto por la ley 1960, la cual entró en vigencia a partir de 27 de junio de 2019, a pesar de que los nuevos cargos de profesional universitario, por el decreto 1479 de 2017, se encuentran cubiertos en provisionalidad, no ha dado trámite al registro de elegibles existentes para dichos cargos, esto es, seguir con los nombramientos en propiedad, con las personas que hacemos parte de la resolución No. 20182230040845 del 26 de abril de 2018*”; en consecuencia, la accionante pide que se le nombre en el cargo de Profesional Universitario código 2044 grado 8 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ya que se encuentra en la lista de elegibles para dicho cargo, según lo afirma en la demanda.

Estima el Juzgado que la acción de tutela en este caso no es procedente, tal como lo prescribe el Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, ya que la demandante no agotó los recursos existentes, es decir que cuenta con mecanismos adicionales para la protección de sus derechos, lo que torna a este medio judicial como no idóneo para lograr el amparo.

La actora cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual ha podido interponer en contra del acto administrativo particular. Y dentro de la misma, ha podido solicitar el decreto y práctica de medidas cautelares.

En efecto, en este momento, el concurso ya culminó. Y el acto administrativo a través del cual se conformó la lista de elegibles se emitió el 26 de abril de 2018, y el mismo adquirió firmeza el 17 de mayo de 2018. Y los dos años de vigencia de dicho acto administrativo vencieron el 16 de mayo de 2020, tal como lo expuso el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil en las respuestas a la presente acción de tutela; en consecuencia dicho acto administrativo perdió su vigencia desde el mes de mayo de 2020, según lo afirman las accionadas. Lo que significa que la parte actora presentó la demanda un (01) mes y veintisiete (27) días, posteriores al vencimiento de la vigencia de la lista de elegibles.

Como se dijo con anterioridad, el 10 de marzo de 2020 la parte actora solicitó ante el ICBF: *"Se me nombre en el proceso en Período de Prueba Carrera Administrativa cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 2044 GRADO 8, (Código OPEC 39959) el cual se encuentra en encargo de vacante definitiva ubicado en la Regional Antioquia dependencia Dirección Regional, según certificación a nivel nacional, departamental y de Centro Zonal expedida por la sede nacional el pasado 21 de noviembre de 2018 (...)"*, sin embargo, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR brindó respuesta a dicha petición y no accedió a lo solicitado. Y este último aspecto, bien pudo y ha podido ser cuestionado por la actora, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Y dentro de ese medio de control ordinario, la parte accionante ha podido solicitar la práctica de medidas cautelares, lo que significa que dicha acción ordinaria es eficaz para la protección de sus derechos, lo que en consecuencia permite concluir que en este caso, la actora ha desconocido el carácter residual de la acción de tutela.

Así pues, no resulta siendo la acción de tutela el mecanismo idóneo para proteger los derechos de la actora en este caso en concreto, por lo cual, se negarán las pretensiones de la demanda.

En resumen, se tiene que la actora, vía tutela, pretende que se protejan los derechos fundamentales invocados, y se ordene a las entidades accionadas que se le *"nombre en el proceso en Período de Prueba Carrera Administrativa cargo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 2044 GRADO 8, (Código OPEC 39959)"*. Pero como ya se vio, ese aspecto no puede ser analizado en la presente acción constitucional, por cuanto el acto administrativo que contiene la lista de elegibles, ya perdió vigencia y contra el mismo la actora no interpuso

ningún recurso en sede administrativa y tampoco ha interpuesto ninguna demanda de carácter judicial, donde se analice ese tópico. Tornándose, en consecuencia, improcedente la presente acción.

Por lo anterior se negará la tutela invocada.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Negar por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora SELENE JUDITH ORTEGA MORALES en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. Dicha negativa se fundamenta en las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito a las partes y/o sus apoderados, la presente decisión, conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Se solicita al (a) señor (a) Director (a) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al (a) señor (a) Director (a) de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se sirvan notificar a los terceros interesados en la presente acción, esta decisión, a través de la página Web de dicho Instituto y de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Y éstos últimos se servirán allegar a este Juzgado, a la mayor brevedad posible las constancias de dicha notificación a los terceros interesados.

CUARTO: Si no fuere impugnado este fallo, envíese, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, así como lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

(Original firmado)

LUZ ESTELLA URIBE CORREA

JUEZ