

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE FACATATIVÁ

Facatativá, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO: 2021 – 00156
ACCIONANTE: LISED MILENA AGUIRRE SANCHEZ
ACCIONADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF
Y OTROS

ACCIÓN DE TUTELA

Procede el despacho a resolver la acción de tutela interpuesta por la señora Lised Milena Aguirre Sánchez en nombre propio, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y otros, por presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA:

El seis (6) de octubre de 2021, correspondió por reparto el conocimiento de la presente acción de tutela instaurada por la señora Lised Milena Aguirre Sánchez en nombre propio, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y otros, en donde solicita le sean despachadas favorablemente las siguientes:

1.1. PETICIONES:

“PRIMERO: que sean tutelados mis derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO.

y que en consecuencia, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

SEGUNDO: que proceda a dar tratamiento Que proceda a dar el tratamiento que legalmente corresponde a los cargos de

PROFESIONAL ESPECIALIZADO- Grado 17, Código 2028, Grado 17, dentro del área geográfica (regional Cundinamarca o Bogotá por cercanía) o a nivel nacional del OPEC 38791 y ordene la aplicación de la Lista de Elegibles en estricto orden de mérito y en consecuencia, el nombramiento en carrera administrativa en un tiempo perentorio y definido por el Juez, ello teniendo en cuenta las dilaciones injustificadas del ICBF y la CNSC conforme a la ley".

TERCERO: *Que, en caso de que lo considere oportuno, ordene al ICBF a comenzar el proceso para proveer todos los empleos de Profesional Especializado Grado 17, creadas en el ICBF y que en la actualidad se encuentran ocupados por funcionarios nombrados en provisionalidad, encargo o temporalidad en cumplimiento de lo dispuesto por el Honorable Tribunal del Valle del Cauca. En caso de que no lo estime conveniente se solicita comedidamente que fundamente constitucionalmente tal posición."*

1.2. HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción, adujo la accionante que la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, 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, al cual se inscribió en la convocatoria 433 de 2016-ICBF como aspirante en el nivel jerárquico profesional especializado Código 2028 OPEC No. 38791, grado 17.

También señaló que superó todas las etapas del proceso concursal obteniendo dentro de la lista de elegibles la posición número 2, por lo cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución No. 20182230072965 del 17 de julio de 2018, que conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer 1 vacante del empleo de carrera prenotado, quedando en firme y otorgándole el derecho a ser nombrada y posesionada para el empleo al cual concursó.

Finalizó relatando que la Comisión Nacional de Servicio Civil expidió acuerdo N. 2081 de 2021 el día 21 de Septiembre de 2021 "por el cual se convoca y establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Proceso de selección ICBF 2021", se puede concluir que se encuentra inmersa la posibilidad de utilizar la LISTA DE ELEGIBLES para surtir algunas vacantes disponibles y proyectadas en el acuerdo.

1.3. PRUEBAS:

Obran como medios de prueba los allegados con el escrito de tutela y se trata de los siguientes documentos:

- 1.** Copia del fallo de tutela de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante Jessica Lorena Reyes Contreras, radicado 76001333302120190023401.
- 2.** Copia de la petición presentada ante la Dirección de Gestión Humana del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el día 18 de febrero del 2020.
- 3.** Copia de la respuesta dada al derecho de petición presentado el día 18 de febrero de 2020 por parte del Institución Colombiano de Bienestar Familiar.
- 4.** Copia del derecho de petición No. 20206000269442 del 18 de febrero de 2020 radicado ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- 5.** Copia de la Resolución 9544 del 26 de julio de 2018 "Por medio de la cual se termina unos nombramientos provisionales y se hace un nombramiento en periodo de prueba"
- 6.** Copia de la Resolución Número CNSC – 20182230072965 del 17 de julio de 2018" emitida por el comisionado José Ariel Sepúlveda Martínez, donde se *"se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 38791, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17..."*, y en la cual a la suscrita como se mencionó anteriormente, se le asignó la posición número dos (2) de la lista de elegibles con un puntaje de 68.85, Convocatoria No 433 de 2016 - ICBF".
- 7.** Copia del Acuerdo No CNSC - 20161000001376 del 5 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 la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No 433 de 2016 - ICBF."
- 8.** Copia del Criterio Unificado de la CNSC "Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"

- 9.** Copia del Decreto Número 1479 del 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."

- 10.** Copia de capturas de pantalla del empleo ofertado en el aplicativo Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la Oportunidad SIMO.

- 11.** Copia de la Resolución Número CNSC – 20182230050705 DEL 21-05-2018" emitida por el comisionado José Ariel Sepúlveda Martínez, donde se "confirma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 38777, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF"

- 12.** Plan anual de vacantes del ICBF 2020

- 13.** Criterio Unificado "USO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019", fechado 16 de enero del año 2020, por Presidente de la CNSC, Doctor Fridolle Ballén Duque

- 14.** Circular Externa No. 0001 del 21 de febrero del año 2020, mediante la cual, La Comisión Nacional del Servicio Civil, procede a impartir lineamientos en relación a reporte de nuevas vacantes y utilización de Lista de Elegibles.

- 15.** Copia del Fallo del Tutela Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva, Huila de fecha 10 de marzo del año 2020, en el caso de Antonio José Hinestroza Marín

- 16.** Copia del Fallo de Tutela del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, Caldas, de fecha 19 de marzo del año 2020, en el caso de Beatriz Elena Guiza Gaviria

- 17.** Copia de Fallo de Tutela del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Rihacha, La Guajira, con fecha de 25 de marzo del año 2020 en el caso de Ruth Fidelia Barros Iguarán

- 18.** Acuerdo N. 2081 de 2021 el día 21 de septiembre de 2021, convocatoria concurso de méritos ICBF.

- 19.** Fallo de Acción De Tutela No.2020 – 00077 - 00 De Lised Milena Aguirre Sánchez Contra Instituto Colombiano De Bienestar Familiar Y Comisión Nacional Del Servicio Civil

1.4. ACTUACIÓN PROCESAL:

La presente acción de tutela fue admitida por este Despacho Judicial el 6 de octubre de 2021; notificando al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y otros, y concediéndole el término de (2) dos días para que rindiera informe sobre los hechos materia de la presente acción.

2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

2.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF. Guardó silencio.

2.2 Aspirantes inscritos en la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF guardaron silencio.

2.3 Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

El Jefe de la Oficina Asesora de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, contestó la acción de tutela y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando a presente acción carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad de la accionante radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran reglamentadas en los Acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la CNSC, entre los que se encuentra el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, actos administrativos de carácter general, respecto de los cuales el accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos

De la misma manera, indicó que La acción de tutela se torna improcedente si el actor dispone de otros medios o recursos de defensa judicial, salvo cuando se use como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues la misma no es un medio alternativo, facultativo, adicional o complementario a los ya instituidos por la ley para la defensa de intereses o derechos que considere la accionante vulnerados por entidades públicas o privadas.

Finalizó señalando que se declare la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

3 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico radica en determinar si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró o no los derechos fundamentales invocados por la señora Lised Milena Aguirre Sánchez, al no efectuar un nombramiento y posesión, en el cargo de profesional especializado Código 2028 OPEC N. 38791, grado 17, conforme a la lista de legibles establecida mediante la Resolución No. CNS- 20182230072965 del 17 de julio de 2018, de la cual hace parte en el puesto 2.

II. CONSIDERACIONES

1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Constitución de 1991 consagró los derechos fundamentales, como uno de los pilares del Estado Social de Derecho, por lo que para su defensa y eficacia se creó la acción de tutela como mecanismo de protección de aplicación inmediata.

Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, y fue creada para la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas, que por acción u omisión de alguna autoridad pública o de los particulares, son amenazados o, de hecho, vulnerados.

El Decreto 2591 de 1991 ha establecido que la acción de tutela es un mecanismo preferente, sumario y residual, para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando hayan sido amenazados o vulnerados por la acción o la omisión concreta –no presunta o eventual- de las autoridades públicas o de los particulares, en este último caso, en los eventos expresamente señalados en la Constitución y la ley.

En la Sentencia SU-913 de 2009, se analizó el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, al respecto el H. Corte Constitucional, en esa oportunidad indicó:

“(...) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y

¹ Artículo 86, Constitución Política de Colombia: *“Toda persona tendrá acción de tutela para 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 u omisión de cualquier autoridad pública”.*

fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”[18], en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.[19]

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[20].”

Igualmente, en sentencia de unificación SU-553 de 2015, la Sala Plena de la Corte, reiteró dos sub reglas fijadas por ese organismo, para evaluar la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, a saber:

“(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.”

Posteriormente, en sentencia T-628 de 2 de diciembre de 2016, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, al analizar la procedencia de este mecanismo constitucional en materia de concursos de méritos, expresó:

“3.3. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.[8]

3.4. Específicamente, en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, se ha precisado, por parte del precedente de la Corporación, que existen

dos casos en los cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo: (i) "aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional". (ii)" cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional."[9]

Lo anterior, permite concluir que, por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) no existe un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos; o (iii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, aquel no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado.

Ahora bien, la misma Corte Constitucional ha indicado sobre la procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos, señalando que si bien es cierto, los accionantes cuentan con otro medio de defensa ordinario para hacer valer sus derechos, también lo es, que en los casos de concursos cuyas etapas ya están adelantadas, ninguna acción ordinaria resulta lo suficientemente idónea y eficaz para garantizar los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos. Así lo señaló el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional, en sentencia de tutela T-441 de trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos, a saber:

*"3.4. Resulta pertinente resaltar que tanto en la acción de nulidad como en la de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez puede, como se indicó en párrafos precedentes, decretar medidas cautelares en aras de garantizar provisionalmente el objeto del proceso. No obstante, **ello no hace que en el caso bajo estudio las acciones ante el juez contencioso administrativo sean eficaces para lograr la protección integral de los derechos del accionante.***

A tal conclusión se llega, tras considerar en esta oportunidad la protección requerida por el señor John Hamilton Tami Pérez presenta cierta premura en tanto la Convocatoria No. 335 de 2016, está en la tercera etapa de la Fase II. Curso, es decir, el próximo paso es la conformación de la lista de elegibles. **Por esto, pese a la posibilidad con que cuentan los jueces contenciosos administrativos de decretar, por ejemplo, la suspensión provisional del acto administrativo particular y del acto general, la acción de tutela es el mecanismo eficaz de protección de los derechos del accionante, atendiendo al estado en que se encuentra la convocatoria.**

3.5. Por las anteriores razones, a juicio de esta Sala, **los medios ordinarios de defensa judicial si bien son idóneos no son eficaces para dirimir la controversia que suscitó la instauración de la acción de tutela de la referencia, motivo por el cual el juez constitucional debe pronunciarse de fondo sobre el asunto objeto de revisión, el cual se circunscribe a determinar, si la exclusión del accionante por encontrarlo no apto al presentar ciertas condiciones de salud, trasgredió o no sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos públicos".** (Negrilla del Despacho).

En razón a lo anterior, se encuentra procedente la acción de tutela de la referencia, instaurada por la señora Lised Milena Aguirre Sánchez, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familia – ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, con el fin de encontrar amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, por hacer parte del concurso de méritos, los cuales estima conculcados en el marco de la convocatoria 433 de 2016-ICBF como aspirante en el nivel jerárquico profesional especializado Código 2028 OPEC No. 38791, grado 17.

2. MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

2.1.- Del derecho al acceso a cargos públicos a través de concursos de méritos

El ingreso a ocupar un cargo público está circunscrito en principio al mérito, expresado en la convocatorias y concursos que se efectúan para seleccionar a quienes tienen las mejores capacidades, idoneidad y competencias en referencia a la oferta requerida, cuyo proceso se caracteriza por ser objetivo e imparcial, y estar al acceso de toda persona que cumpla los requisitos para aspirar al mismo.

El ordenamiento jurídico ha dado cuenta de ello, como se observa en el artículo 125 de la Constitución Política, que señala: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios,

cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (...)"

En el mismo sentido la Ley 909 de 2004 prevé dentro de los principios que orientan el ejercicio de empleo público:

"Artículo 2º. Principios de la función pública.

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley."

En referencia a la entidad encargada de adelantar el procedimiento de selección y elección de quienes han de ingresar a sistema de carrera administrativa, el Artículo 7º ibídem, precisa:

"La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política es responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa. La Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad. (..)"

La actuación que se ha de llevar a cabo por la citada Comisión debe estar revestida de parámetros o reglas que orientan la realización de todo concurso de méritos, contenidas en la convocatoria, a cuyas directrices han de someterse tanto la administración como los participantes, la cual garantiza el respeto del debido proceso, transparencia e igualdad en el proceso de selección.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-556 de 2010, discurrió:

"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". (Resaltado por el Despacho) 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, la misma corporación 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 auto vincula y autocontrola, en el sentido 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 la 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 aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.

De igual forma, la Corte Constitucional ha resaltado que las listas de elegibles como actos administrativos de contenido particular y concreto, generan derechos singulares y producen un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto de los destinatarios, y por ende deben respetarse como derechos adquiridos.

3. CASO CONCRETO

De las pruebas allegadas al expediente mediante correo electrónico se da cuenta que efectivamente la señora Lised Milena Aguirre Sánchez participó en el concurso abierto de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante los Acuerdos No. 20161000001376, de 5 de septiembre de 2016, al cual se inscribió en el empleo OPEC No. 38791 denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del Instituto Colombiano de Bienestar Familia – ICBF para regional Cundinamarca (Convocatoria 433 de 2016).

De los mismos documentales anexos, se encuentra que la accionante superó todas las etapas del concurso abierto de méritos y dentro de la lista de elegibles obtuvo el puesto número dos (2), tal como consta en la Resolución No. 20182230072965 del 17 de julio de 2018, por medio de la cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil integró la lista de elegibles, para proveer una (1) vacante del empleo de carrera prenotado.

En igual sentido se desprende de la solicitud de tutela que lo pretendido por la hoy accionante es que se de aplicación a la lista de elegibles conformada mediante la Resolución N° CNSC – 20182230072965 del 17 de julio de 2018, la cual fue atacada a través de la Resolución N° 20182230156785 del veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil dispuso revocar el artículo cuarto (4º) de todas las listas de elegibles de la convocatoria, lo que conllevaría sin lugar a dudas el estudio de legalidad no solo de la resolución que conforma la lista de elegibles, sino su modificación y posteriores normas vinculantes.

Cabe recordar que la tutela es un instrumento jurídico con características esenciales tales como la subsidiariedad y la inmediatez. Según el primero

y de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la C. P., la acción de tutela constituye un mecanismo preferente y sumario que procede a falta de otro medio de defensa judicial, como el instrumento más expedito en orden a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de un particular en los casos determinados en la ley. Es decir, que sólo puede intentarse cuando han sido agotados los mecanismos ordinarios señalados en la legislación, a menos que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el que procedería como mecanismo transitorio. Así lo determinó la H. Corte Constitucional en sentencia T-406 de abril 15 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño:

“El fundamento constitucional de la subsidiariedad, bajo esta perspectiva, consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales. En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”

Así mismo se tiene, que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza. La normatividad vigente no establece un término de caducidad para la interposición de la acción de tutela; no obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que su interposición debe hacerse dentro de un término razonable, aspecto que deberá ser ponderado por el juez constitucional en cada caso concreto. Sobre el particular en la sentencia T-001 de enero 18 de 2007, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, sostuvo:

“A este respecto, ha sostenido reiteradamente la Corte que, si bien la acción de tutela puede ejercerse en cualquier tiempo, ello no significa que el amparo proceda con completa independencia de la fecha de presentación de la solicitud de protección. Por ello, concretamente ha dicho la Corte, que la tutela resulta improcedente cuando la demanda se interpone después

de transcurrido un lapso considerable desde la fecha en que sucedieron los hechos o viene presentándose la omisión que afecta los derechos fundamentales del peticionario, y en tal medida justifican su solicitud.

Esta regla es producto de un elemental razonamiento: en vista de la gravedad que reviste la violación de los derechos constitucionales fundamentales, la acción de tutela ha sido creada para hacer posible la protección inmediata de tales derechos, todo lo cual necesariamente hace presumir la urgencia que apremiará al accionante. Si, en cambio, éste se toma un tiempo considerable para solicitar el amparo, ello es claro indicio de la comparativa menor gravedad de los hechos que justifican su solicitud, de tal modo que no resulta imperativo brindar en estos casos la especialísima e inmediata protección que caracteriza a la acción de tutela."

Respecto al derecho fundamental del *Debido Proceso*, que alega la parte actora como vulnerado en virtud de la no aplicación a la lista de elegibles conformada por la accionada, aclara el Despacho que lo solicitado conllevaría a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, para lo cual ha de estudiarse la legalidad del mismo y así determinar si existió vulneración a los derechos de la parte accionante, estudio que debe realizarse a través del procedimiento ordinario administrativo como lo sería la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no por vía de tutela como lo pretende la señora Aguirre Sánchez.

Al respecto, estima esta instancia judicial que en tratándose de alegaciones concernientes a la legalidad de un acto administrativo, la acción impetrada deviene improcedente, pues como ya se advirtió y con base en la tesis inveterada de la Corte Constitucional, por regla general y en principio, la tutela no procede para discutir la legalidad de actos administrativos, en la medida que existen otros medios de defensa judicial.

En este orden de ideas, considera la suscrita autoridad judicial que sin lugar a dudas la peticionaria tiene o tenía la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en sede judicial a través de las acciones contenciosas, que resultan idóneas y eficaces para este propósito, en virtud que el trámite que alega como vulneración al debido proceso, al acceso a cargos públicos y al trabajo, deviene de un acto administrativo de carácter particular que produce efectos jurídicos siendo susceptible de ser controlado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a que se contrae el artículo 138 del C.P.A.C.A.

La Corte Constitucional sobre esta precisa situación, ha sostenido:

"(...)En síntesis, como lo ha recalcado la jurisprudencia de esta Corporación, "la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción, o cuando se está en desacuerdo con la decisión adoptada por el juez competente. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial idóneo, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"². (Subrayado por la Sala)

En hilo conductor, considera el despacho, que el juez de tutela no puede entrar a reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley, por lo tanto, no es esta acción constitucional el medio idóneo para controlar la legalidad de los actos administrativos que conforman una lista de elegibles para posteriormente realizar el nombramiento de quien se encuentra en ella con derecho a ocupar un cargo por el cual se concursó y se aprobó en todas las etapas, trámite propio de un proceso judicial.

No obstante, lo anterior y como se desprende del contenido del referido artículo 6º, la misma ley ha previsto que frente la existencia de otros medios de defensa, la tutela puede tener cabida cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre este mismo tópico, también se destaca que al interior de esta actuación no se advierte que quien invoca el amparo constitucional esté sujeta a sufrir un perjuicio irremediable que imponga la intervención del juez de tutela para extender la protección siquiera como mecanismo transitorio, pues no hay elementos que lleven a concluir que exista un peligro inminente que no le dé lugar a la espera de los resultados del procedimiento formal.

Esto sin dejar de lado que quien participa en una convocatoria se sujeta a las reglas que en ella se establecieron, por lo tanto, mal podría indicarse que exista una vulneración al derecho al trabajo, en tanto que al respecto, en este tipo de circunstancias, lo que se presenta es una mera expectativa. Asimismo, no está aquí acreditado que a quien demanda se le haya dado un trato diferencial frente a otra persona o grupo de personas, para que se hable de una vulneración al derecho a la igualdad.

² Corte Constitucional. Sentencia T-937-01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De esto mismo se desprende de la presente acción en tanto que la accionante cuenta con los medios de control ordinarios para hacer valer sus derechos, los que en criterio de este Despacho le ofrecen la posibilidad cierta y eficaz de ejercer la defensa de sus intereses, luego, le corresponde por contera que los agote, porque desde esa perspectiva se desatiende uno de los presupuestos propios del principio de subsidiariedad, sobre lo que tratan los apartes de jurisprudencia pre insertados.

Suficiente resulta lo expuesto en precedencia para concluir que la accionante cuenta con la posibilidad de acceder a la jurisdicción contenciosa, con el fin de lograr la efectividad del acto administrativo que acusa violatorio de sus derechos, escenario en el cual podrá solicitar una medida cautelar de ese acto con base en el artículo 229 del C.P.A.C.A., con lo cual se desvirtúa también la inminencia del perjuicio.

En este orden de ideas y acogiendo el criterio jurisprudencial expuesto, estima el Despacho que la presente acción de tutela deberá denegarse, ante la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial que en su oportunidad pudieron ejercitarse, y así habrá de declararse.

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

FALLA:

PRIMERO: NIEGUESE la acción de tutela formulada por la señora LISED MILENA AGUIRRE SÁNCHEZ contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENSTAR FAMILIAR – ICBF y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por Secretaría a las partes, el contenido de esta sentencia por el medio más expedito y, se **ORDENA** al Instituto Colombiano Nacional del Bienestar Familiar – ICBF y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que pongan en conocimiento de los concursantes e interesados en las resultas de este proceso, y de los aspirantes inscritos a la Convocatoria N° 433 de 2016, el presente fallo.

TERCERO. ADVERTIR que teniendo en cuenta el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica que se está viviendo en el territorio nacional (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020), acompasado con los Acuerdos PCSJA20-11518 y PCSJA20- 11519, en caso de presentarse

impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al correo electrónico jadmin02fac@notificacionesrj.gov.co.

CUARTO: Si el presente fallo no fuere impugnado, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional en el término señalado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



MARLA JULIETH JULIO IBARRA
JUEZ