



JUZGADO DECIMO DE FAMILIA DE ORALIDAD
Medellín, quince de mayo de dos mil veinte (2020)

Proceso	Acción de tutela
Tutelante	Adriana Jimenez Acosta
Tutelado	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Comisión Nacional del Servicio Civil, Vincula a los Empleados vinculados de manera provisional o en encargo al cargo de Profesional Especializado código 2028 Grado 17, o equivalente del ICBF.
Radicado	05-001-31-10-010-2020-00153-00
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia No. 72
Decisión	Niega por improcedente

La señora ADRIANA JIMENEZ ACOSTA, mayor de edad, vecina de este municipio, instauró acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), a la cual se vinculo a los empleados nombrados en encrgo o en provisionalidad que ocupan el cargo de profesional especializado código 2028, grado 17 o sus equivalente, con el objeto de que se le amparen los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad, el acceso al desempeño de las funciones publicas a cargos del estado, el derecho al trabajo, a los derechos adquiridos, así como el principio de confianza legitima que considera amenazados y/o vulnerados por la omisión en la que incurren las entidades accionadas.

ACONTECER FACTICO:

Señala la accionante que participo en el Concurso No. 201610000001346 del 5 de junio de 2016, para proveer cargos de la planta globalizada de personal del ICBF que se identifica con la Convocatoria No. 433 de 2016, mediante la cual se estableció el cronograma y las reglas generales aplicables a todos los

casos por igual. Que a la apertura de tal concurso las reglas eran conocidas, pero posteriormente se introdujeron unos cambios.

A renglón seguido transcribe algunas definiciones relativas al concurso, señaladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

De la extensa exposición y transcripción de normas puede sintetizarse que la señora ADRIANA JIMENEZ ACOSTA, participo en la convocatoria No 433 del 2016, para el cargo denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO CODIGO 2028 GRADO 17 OPEC 38941 DEL ICBF, cuyas etapas surtió satisfactoriamente, de ahí que fue incluida en la lista de elegibles, que se conformo mediante Resolución No 20182020051085 del 22 de mayo de 2018 cuya firmeza es el 14 de junio de 2018, ocupo el puesto No 9, y en la actualidad se encuentra en el puesto No 8, la cual se conformo para proveer una vacante existente en la OPEC 38941 DEL ICBF debido al que el primero de esta lista ya se posesiono.

No obstante encontrarse en lista de elegibles vigentes y pese a que existen al menos 25 vacantes declaradas desiertas iguales y dos vacantes equivalentes para el cargo para el cual concurso, el ICBF no realiza la solicitud de autorización para el uso del Banco Nacional de Lista de elegibles y afecta la legitima aspiración al cargo de su interés, mas aun cuando la CNSC fijo un criterio unificado que permite utilizar las listas de elegibles para los mismos empleos o empleos equivalentes que se hallen vacantes definitivamente.

Indica la accionante, que es clara la vulneración de sus derechos, pues cumplió con todas las etapas del concurso, se encuentra en lista de elegibles, y por ende tiene derecho una pretensión legitima.

Plantea el perjuicio irremediable, toda vez que la excesiva demora para terminar el concurso y las respuestas evasivas a sus derechos de petición por parte del ICBF, pese a contar con 25 vacantes declaradas desiertas iguales y dos equivalentes no realiza la solicitud, le causa un perjuicio irremediable pues la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años, lo que significa que esta próxima a expirar.

Refiere en su extenso memorial que las entidades no han interpretado las normas y la jurisprudencia en debida forma, pues aplican una jurisprudencia que no es aplicable a este concurso, para determinar que las listas de elegibles solo se utilizaran para proveer las vacantes ofertadas y no otras, es decir no se utilizarían para proveer vacantes que se generen con posterior al cierre de la OPEC ni para cargos nuevos que se crearan.

Igualmente para la expedición de Decreto 1894 del 2012 se baso en la sentencia SU 441, para no tener en cuenta la lista de elegibles, por ende el decreto fue demandado.

Deprecia entonces que, para su caso se de aplicación a la excepción de incostitucionalidad porque dicho decreto no regula situaciones fácticas similares, por ende no puede ser fundamento a las decisiones que se han proferido.

A renglón seguido cita varias normas y sentencias relacionadas con asuntos similares, que le permiten sustentar sus peticiones, y reiterar que la entidad vulnera sus derechos al no solicitar la lista de elegibles para proveer los cargos vacantes equivalente al que ella concurso, no obstante sus reiterados derechos de petición en tal sentido.

Insiste que en su caso tiene aplicación la ley 1960 de 2019, pues la lista de elegibles de la que hace parte, aun se encuentra vigente, y existen cargos similares o equivalentes en los que bien puede ser nombrada, pese a que la convocatoria de la que hizo parte es anterior a dichas norma, tanto es así que existen múltiples pronunciamientos al respecto, que bien pueden aplicarse en su caso.

Con base en lo anterior, SOLICITA:

“ORDENAR al representante legal del ICBF o a quien él delegue, que proceda de manera prioritaria a realizar, de acuerdo a la Ley 1960 de 2019 y la CIRCULAR 001 de del 21 de febrero de 2020 de la CNSC, la solicitud de autorización del uso de lista de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- para surtir las vacantes definitivas del empleo de Profesional Especializado código 2028 Grado 17, o equivalente del ICBF, con la lista de

elegibles conformada en la Resolución 20182020051085 del 22 de mayo de 2018 cuya firmeza es del 14 de junio de 2018, en la cual me encuentro ocupando el octavo puesto actualmente.

ORDENAR a la CNSC que realice el estudio técnico de la Resolución 20182020051085 del 22 de mayo de 2018 cuya firmeza es del 14 de junio de 2018 la cual se conformó para proveer una (1) vacante existentes en la OPEC 38941 y remita dentro del término de 48 horas, la autorización con mi nombre para cubrir las vacantes referidas y solicite al ICBF la expedición del Certificado de disponibilidad presupuestal para el pago por el uso de listas de elegibles, si a ello hubiere lugar.”

Aporta como pruebas documentales: Copia de la resolución Lista de elegibles 20182020051085 del 22 de mayo de 2018, pantallazo de la firmeza del 14 de junio de 2018, copia de SOLICITUD de Uso de listas al ICBF del 11 de Marzo de 2020 con radicado 20203150000046702, copia de SOLICITUD de Uso de listas al ICBF solicitudes con nuevo derecho de petición Radicado 2019222000000138712, respuesta del 26 de marzo de 2020 por ICBF según E- 202031500000046702m, respuesta del 28 de noviembre de 2019 por ICBF con radicado 201912100000198441, criterio unificado en lo que respecta al uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, ACLARACIÓN CRITERIO UNIFICADO “Lista de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, RESPUESTA positiva de la CNSC a una elegible Radicado Nro. 20206000255432 del 14 de febrero de 2020 sobre uso de listas de elegibles la CNSC mediante radicado de salida No.: 1-2020-003987 del 25 de marzo de 2020, CIRCULAR EXTERNA No. 0001 DE 2020 uso de listas, Acuerdo 562 de 2016 – Uso de listas, regla con la cual me presente, ACUERDO No. 0165 DE 2020 del 12-03-2020, copia de Resolución No. CNSC – 2018223056785 del 22-11-2018 “Por la cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF” (Paginas 1, 2, 3, 4, 19 y 25); Copia de Resolución No. CNSC – 20182230162005 del 04-12-2018 “Por la cual se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”; Copia de sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 18 de noviembre de 2019, con número de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234-01 y publicada en la página

web de la CNSC – Convocatoria 433 de 2016 - Acciones Constitucionales; Copia de la Resolución N° CNSC-201922300000525 Del 10-01-2019 “Por la cual se corrigen algunos errores de digitación o transcripción en el artículo primero de la Resolución N° 20182230162005 del 4 de diciembre de 2018 en la que se declaró desierto el concurso para algunas vacantes de la Convocatoria N° 433 de 2016-ICBF”

Tramite impartido:

La acción de tutela fue admitida a tramite mediante auto del 4 de mayo de 2020, en dicha providencia se dispuso vincular al trámite de la acción de tutela a las personas que se encuentran ocupando el cargo de Profesional Especializado código 2028 Grado 17, o equivalente del ICBF, de manera provisional o en encargo, por cuanto podrían verse afectadas con la decisión de fondo.

Dichas notificaciones se llevaron a cabo mediante correo electrónico, remitido y recibido por las entidades el 05 de mayo de 2020. Los vinculados fueron debidamente notificados por la pagina web del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el link https://www.icbf.gov.co/system/files/tutela_adriana_jimenez_final.pdf.

En el termino de traslado las entidades accionadas dieron respuesta en el siguiente sentido:

-La Comisión Nacional del Servicio Civil: Mediante abogado representante de la entidad, indicó que la acción de tutela es improcedente, ya que se cuenta con otros mecanismos para controvertir las actuaciones que considera contrarias a sus derechos fundamentales, adicionalmente indica que, la accionante concursó para la convocatoria 433 de 2016, para el empleo de nivel profesional, identificado con la OPEC No. 38491, denominado profesional especializado, código 2028, grado 17; y, agotado el tramite correspondiente, obtuvo la novena posición en la lista de elegibles conformada mediante la resolución número 20182020051085, que adquirió firmeza el 06 de junio de 2018. Dicha resolución fue remitida al ICBF para que procediera a realizar los nombramientos correspondientes, conforme al número de vacantes ofertadas.

Para el empleo pretendido por la accionante se ofertó una vacante, y el elegible que adquirió el derecho a ser nombrado en periodo de prueba fue quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, lista en la que la accionante ocupó el noveno lugar, por lo que no es posible realizar su nombramiento. Enfatiza en que los participantes de estos concursos de mérito no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, si no que son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y del proceso de selección, así como de la prelación que existe para los concursantes que ocupan puestos superiores a la accionante.

Indicó que, hasta el momento no existen solicitudes por parte del ICBF de uso de listas de elegibles para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el OPEC 38491 y de existir deberá ser provista en el estricto orden de la lista, porque de actuar de manera contraria se vulneraría el derecho a la igualdad de los concursantes.

-Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Por su parte el Representante del ICBF replicó la acción oportunamente, deprecia se deniegue la acción de tutela por improcedente por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto como la subsidiariedad y el perjuicio irremediable, pues la lista de elegibles adquirió firmeza el 6 de junio de 2018 la cual se conformó para proveer una vacante y en dicha lista la accionante ocupó la posición No 9. Además no se cuestiona la conformación de dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

Para la aplicación de dicha normatividad se requiere una serie de procedimientos que se adelantaron por parte del Instituto de los cuales se determinó que en el presente caso a la accionante no le asiste el nombramiento que reclama.

Así mismo señala, que la entidad no ha vulnerado derecho alguno, pues de conformidad con el artículo 31 de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento en que se dio la apertura de la convocatoria, el dto 1984 de 2012 y la jurisprudencia constitucional la lista de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la Convocatoria y solo hasta el 16 de enero de 2020

la CNSC como órgano rector de la Carrera administrativa emitió el criterio unificado uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019 en el cual se detallan los parámetros para considerar un cargo equivalente, el cual se ha seguido rigurosamente por el ICBF.

Refiere que en efecto la señora ADRIANA JIMENEZ ACOSTA, participo en la Convocatoria 433 de 2016, en la cual se ofertaron 2470 vacantes, para el caso en concreto la oferta publica de empleos de carrera No 38941 se oferto una vacante denominado profesional especializado código 2028, grado 17. Una vez conformada la lista de elegibles para dicha vacante, se enlistaron 23 personas, entre ellas la accionante la cual quedo en el puesto 9, en firme la lista se procedió al nombramiento del puesto No 1, el cual acepto y se posesiono el 7 de marzo de 2019, lo que significa que el proceso a proveer vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 38941 en el que participó la señora Jiménez Acosta ya se surtió con el nombramiento y posesión de los participantes que se relacionaron.

Se explica que la OPEC es la lista de vacantes a proveer en determinada convocatoria, que para el caso la OPEC 38941 se estableció que correspondía a una vacante en la Regional Antioquia, Municipio de Medellin, y así se informo en la convocatoria.

Resulta evidente que uno de los factores para tener en cuenta para los ciudadanos que se inscriben en una convocatoria es el numero de vacantes que se ofrecen y su ubicación la cuales se determinan de manera precisa en la OPEC. En un establecimiento de orden nacional como el ICBF que tiene miles de cargos a lo largo del país se hizo un estudio geográfico de distribución con base en el cual se proyecto la respectiva OPEC aspecto que no puede ser desconocido en el presente asunto.

Indica que los concursantes no tiene un derecho adquirido a obtener un empleo publico, los concursantes en lista de elegibles solo tiene una mera expectativa la cual se materializa en las personas que ocupan los primeros lugares de elegibilidad según el numero de empleos ofertados en cada OPEC, para lo cual tiene derecho a que se les nombre en periodo de prueba.

En cuanto a la pretensión de la accionante sobre acceder al uso de la lista de elegibles para efectuar su nombramiento en aplicación de la Ley 1960 de 2019 se precisa que la entidad adelantó las acciones de carácter administrativo y financiero como la determinación a nivel nacional de las vacantes y la solicitud de uso de la lista a la CNSC de las listas que cumplen los requisitos exigidos por el Criterio Unificado de Uso de las listas de Elegibles pero en el caso particular de la actora se encontró que no es viable aplicar el criterio al no existir empleos equivalentes por proveer por lo que el ICBF no está en la obligación de solicitar autorización para uso de la lista de elegibles en la que se encuentra la accionante.

A renglón seguido se hace relación a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales, para reiterar se declare improcedente la acción de tutela, pues no cumple los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, ni tampoco se advierte la vulneración de los derechos invocados.

CONSIDERACIONES.

COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para decidir en primera instancia la presente acción de tutela debido a que es en esta ciudad donde se produce la vulneración de derechos fundamentales de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

Antes de proponer el problema jurídico que se presenta en esta acción constitucional, este Despacho analizará los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, en este evento:

- Legitimación por activa, conforme con lo contemplado en el artículo 10 del Decreto-ley 2591 de 1991, la acción de tutela solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Ésta puede actuar (i) por sí misma (ii) a través de representante legal, (iii) apoderado judicial (iv) mediante la figura de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos no está en condiciones de promover la acción constitucional, o (v) a través del Defensor del Pueblo o personero municipal. Para el caso que nos

ocupa, en este evento la accionante está actuando en su propio nombre y representación en contra de las entidades accionadas, en pro de la defensa de sus derechos e intereses; en consecuencia, se encuentra legitimada para interponer la presente acción constitucional.

- Legitimación por pasiva: Hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso. Según los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que la acción amparo es procedente contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre los cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros.

En el asunto que se resuelve, se dirige contra entidades de carácter público y contra particulares, cuyo objetivo para la accionante es ser nombrada en el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 17, para el cual se encuentra en lista de elegibles en el puesto No. 9 de la OPEC 38941 de la Convocatoria No. 433 de 2016; o otros similares o equivalentes pues hace parte de la lista de elegibles que se encuentra vigente, por lo que contra estos procede la tutela.

En cuanto al principio de la Inmediatez el artículo 86 de la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela propende la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales. Con ese criterio, se ha concluido que, el transcurso de un lapso de tiempo excesivo entre los hechos y la interposición del amparo constitucional, tornará la misma en improcedente, puesto que desatendería su fin principal. No obstante, la Corte Constitucional ha manifestado que corresponde al juez constitucional analizar, en cada caso concreto, las particularidades de la conducta que originan la transgresión a los derechos iusfundamentales y las circunstancias fácticas del accionante. Para este efecto, la Corte Constitucional ha establecido que deberá estudiarse teniendo en cuenta las condiciones particulares de quien presenta la acción de tutela. Así mismo, otros criterios que deben ser tenidos en cuenta con el fin de determinar si en el trámite de un amparo constitucional se satisface el

requisito de inmediatez, a saber: "(i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y, (ji) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros". Para el caso, es evidente que se cumple este requisito, en tanto el ICBF se encuentra surtiendo la etapa de nombramientos de la lista de elegibles.

Respecto de la Subsidiariedad. Tal como lo dispone el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial residual y subsidiario, que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso de los particulares, en los términos prescritos por la ley. Procede cuando la persona no dispone de otro medio de defensa judicial o cuando, existiendo otro medio alternativo de protección, éste no resulta idóneo para su amparo efectivo. Asimismo, procede como mecanismo transitorio, en aquellas circunstancias en las que, a pesar de existir un medio adecuado de protección, se requiere evitar un perjuicio irremediable, por lo que se exige una perentoria acción constitucional.

En lo que tiene que ver en temas de concurso de méritos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante lo anterior, el precedente de la misma Corporación manifestó 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.

Se ha establecido que 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, 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." Así que, la procedencia de la acción de tutela para anular los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, tiene una inescindible relación con la necesidad de proteger los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y debido proceso, los cuales en la mayoría de las ocasiones, no pueden esperar el resultado de un proceso ordinario o contencioso administrativo; motivo por el cual se hace procedente el estudio de la presente acción de tutela. En consecuencia, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, será procedente plantear el problema jurídico y analizar el fondo del asunto, concatenado con jurisprudencia respecto al tema.

En el presente caso, se trata de establecer si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al no solicitarle a la Comisión Nacional del Servicio Civil la lista de elegibles para proveer los cargos equivalentes de "profesional especializado, grado 17, código 2028, opec No. 38491" que se encuentran vacantes. Para el efecto se traerá breve referencia jurisprudencial relacionada con el tema.

EL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA, EL CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS:

El artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, con miras a que los servidores con los que cuente el estado tengan la experiencia, el conocimiento y la dedicación requerida, garantizando de esta forma mejores índices de resultados, aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas. Ello a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho erige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. El citado artículo establece que los funcionarios, que no hayan sido determinados por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

Y La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, la sentencia C-588 de 2009, declara la inexecutable del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que "la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución", en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución. de 1991. S.S. Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera son el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público. En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley .909 de 2004". Corte Constitucional sentencia SU-086 de 1999.

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

La convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. Posterior a realizar las fases del concurso, esto es reclutar a los participantes, valoración de requisitos, pruebas que permitan conocer el nivel técnico o profesional y la idoneidad para ocupar dichos cargos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad, se conformará la lista de elegibles, la cual será en estricto orden de mérito y tendrá una vigencia de dos años, y por medio de ella se cubrirán las vacantes para las cuales se ejecute el concurso.

Dentro de este contexto, la convocatoria es, entonces, "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.

La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, y de la efectiva prestación del servicio, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. Los principios de moralidad e imparcialidad de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de

que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación. Sentencia C-588 de 2009

La convocatoria como ley del concurso y el derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos.

La Ley 909 de 2009 regula el sistema de carrera administrativa, y la define como norma reguladora de todo concurso, y obliga tanto a la administración como a las entidades contratadas y a sus participantes. Al respecto, ha precisado la Corporación, que: "el Estado debe observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe respetarlas"

Conviene destacar entonces que las normas de un concurso público de méritos fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y establecen las pautas y procedimientos con los cuales deben regirse. Dicha reglas que son inmodificables, por cuanto se afectan principios básicos de la organización, de los asociados en general y de los participantes en particular.

La Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso, la sentencia SU-913 de 2009 determinó 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 derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas 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; (ii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere 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 las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes. (...) (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la personas que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido”.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso que nos ocupa, es necesario establecer los presupuestos que conforman la presente acción de tutela que interpone la señora Adriana Jimenez Acosta en contra del ICBF, la CNSC y otros. Para el efecto tenemos que la CNSC en conjunto con el ICBF desarrollaron la planeación de la Convocatoria para adelantar el concurso de méritos en el ICBF, para lo cual la CNSC expidió el Acuerdo No. 20161000001376 "Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de persona pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016- ICBF", junto con la Oferta Pública de Empleo de Carrera -OPEC- y el Manual específico de funciones y competencias laborales de dicha entidad, publicados el 20 de octubre de 2016, en la página www.cnsc.goc.co; ofertando 2.470 empleos vacantes en el ICBF; incluidos los de la Oferta Pública Empleo de Carrera No. 38942, Profesional Especializado, código 2028 , grado 17, que se oferto 1 vacante.

La accionante se presentó a la Convocatoria, aplicando a la OPEC 38941, por la cual se expidió la Resolución No. 20182020051085 del 22 de mayo del 2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 38941, 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", que cobró ejecutoria el 06 de junio de 2018, conformada por 23 personas elegibles, entre las que se encuentra la accionante en el puesto No. 9.

Continuando con la etapa siguiente a la firmeza del acto administrativo que conforma la lista de elegibles para la OPEC 38941, el ICBF realizó el nombramiento en orden estricto de acuerdo a la lista de elegibles, tal como se previó en la Convocatoria, según los empleos vacantes ofertados para este cargo. Es decir, que la accionante ocupando el puesto No. 9, a pesar de haber quedado dentro de la lista de elegibles, quedó por fuera del número límite de plazas a proveer y que para este cargo sólo era de 1; es decir, no alcanzó a ser nombrada en propiedad en el cargo al que aplicó.

La demandante está pretendiendo, que la lista de elegibles de la OPEC No. 38941 se utilice para proveer los cargos similares que se encuentran vacantes y los que han venido resultando posterior a los nombramientos realizados en razón de la convocatoria No. 433 de 2016, y siendo así las cosas, alcanzaría a ser nombrada en propiedad en el cargo por ella pretendido; citando normatividad general respecto del empleo público como la Ley 909 de 2004, el Decreto 1083 de 2015, la misma convocatoria No. 433, entre otros. Para el efecto hace referencia a 25 cargos que fueron declarados desiertos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, los cuales corresponden a la misma denominación, al mismo grado, código y asignación, pero al verificar el listado de los cargos que fueron declarados desiertos, se observa que efectivamente tienen las similitudes resaltadas por la accionante, pero se evidencia que, los mismos se diferencian en el código de profesión, siendo ellos: nutrición y dietética, psicología, administrativos, trabajo social, contaduría, pedagogía, derecho, antropología/sociología, y que se encuentran ubicados en todo el territorio nacional. Estas características diferencian los cargos vacantes y el cargo para el cual concurso la accionante, pues en la convocatoria se ofero un solo cargo, en la regional Medellín, por lo que mal haría este despacho en equiparar la OPEC a la cual ella aspira con las demás OPEC de otras regionales.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, la convocatoria es norma para las partes, y en la misma se estableció una sola vacante para la OPEC 38941, en el municipio de Medellín, y para la cual la señora Adriana Jimenez, concursó y agotó satisfactoriamente las etapas propias del concurso e hizo parte de la lista de elegibles, la cual fue agotada debidamente, con la persona que ocupó el primer puesto, valga decir, para esa OPEC solo se oferto

una vacante, por lo que se entiende entonces concluido el proceso con esa lista de elegibles. Así las cosas, los derechos fundamentales alegados, no están siendo vulnerados por el Instituto accionado, pues este no tiene la obligación de solicitar autorización para el uso de la lista de elegibles, en la cual se encuentra la accionante, toda vez que no existe empleo igual, al pretendido por ella, pues la lista de elegibles solo es viable aplicarla a los mismos cargos exactamente iguales a los ofertados en la convocatoria de la cual ella hizo parte, no para los similares o equivalentes.

Aunado a lo anterior, la señora ADRIANA JIMENEZ, solo tiene una expectativa de derecho, pues recuérdese que la dama ocupa el puesto 8 de la lista de elegibles de la que hace parte, y que es imperativo nombrar en estricto orden numérico, de ahí que no le asite ninguna razón al considerar que se le desconoce su derecho adquirido.

Ahora bien, en cuanto a lo que señala la accionante, que la vulneración a sus derechos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se funda en una falsa motivación o una indebida interpretación, no es asunto que pueda resolverse bajo la luz de la acción constitucional, para el efecto la accionante cuenta con otros mecanismos judiciales como lo es la nulidad y restablecimiento del acto administrativo que presuntamente vulnera sus derechos.

No considera este despacho, la necesidad de conceder esta acción constitucional de manera transitoria, por cuanto la accionante no ha hecho uso de los mecanismos legales idóneos, pese a que se encuentran revestidos de manera efectiva, tal como lo es la suspensión de actos administrativos, cuando a ello haya lugar.

Por lo anterior, este Despacho NO TUTELA los derechos fundamentales invocados por la señora Adriana Jimenez Acosta, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, la Comisión Nacional del Servicio Civil y los servidores públicos que ocupan el cargo de profesional especializado, código 2028, OPEC No. 38941, grado 17, en provisionalidad o en encargo; por las razones expuestas.

Se requerirá al ICBF, para que NOTIFIQUEN esta providencia, por el medio más expedito a los vinculados en la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO DECIMO DE FAMILIA DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

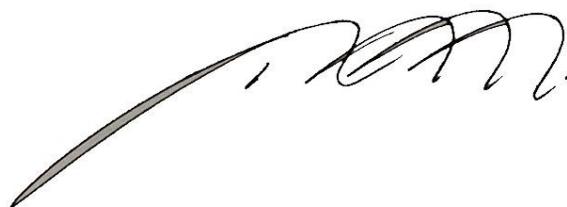
FALLA

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados al debido proceso administrativo, a la igualdad, el acceso al desempeño de las funciones publicas a cargos del estado, el derecho al trabajo, a los derechos adquiridos, así como el principio de confianza legitima, de la accionante ADRIANA JIMENEZ ACOSTA; por las razones expuestas con anterioridad.

SEGUNDO: REQUERIR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, para que en un término que no sobrepase dos días hábiles, proceda a NOTIFICAR esta providencia, por el medio más expedito a los servidores públicos nombrados en el cargo denominado profesional especializado, código 2028, grado 17, vinculados de manera provisional o en encargo al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Nivel Nacional.

TERCERO: NOTIFICAR en debida forma esta decisión a las partes que intervinieron, advirtiéndole que la misma puede ser IMPUGNADA en tiempo legal y oportuno; en caso de no impugnarse, se deberá REMITIR el proceso ante la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAMÓN FRANCISCO DE ASÍS MENA GIL

voc

Juez