

Medellín, cuatro (4) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024).

Proceso	Acción de Tutela
Accionante	Paola Andrea Flórez Alzate
Accionada	- Comisión Nacional del Servicio Civil - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Vinculada	- Participantes del Proceso de Selección ICBF N° 2149 de 2021 - Personas que ocupen cargos con denominación <i>PROFESIONAL UNIVERSITARIO</i>, Código 2044, <u>Grados 9 y 11</u>, OPEC N° 168343
Radicado	05 001 31 10 008 2024 00518 00
Providencia	Sentencia de Tutela N° 150 de 2024
Actuación	Deniega Amparo

I. ASUNTO A DECIDIR

Por reparto correspondió a este despacho la solicitud de tutela promovida por la señora PAOLA ANDREA FLÓREZ ALZATE (C.C. 1.035.870.906) en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante la cual la accionante alega que la omisión, renuencia, o impedimento de la parte accionada para garantizar su acceso a un puesto público para el cual sería elegible por concurso de méritos, o a un cargo equivalente, representa una vulneración a sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, y al acceso a cargos públicos.

II. ANTECEDENTES

La parte accionante participó en el “Proceso de Selección Instituto Colombiano de Bienestar Familiar N° 2149 de 2021” convocado por el

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, para optar al cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, OPEC N° 168343, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF.

El día 24 de febrero de 2023, la CNSC expidió la Resolución N° 1942 del 2023 (RES400.300.24012908), *por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante definitiva en Antioquia del empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, identificado con el Código OPEC No. 168343, MODALIDAD ABIERTO*, con fecha firmeza completa el día 13 de marzo de 2023 y vigencia de dos años (2) años más, contados a partir de la firmeza del acto administrativo.

La accionante alega haber ocupado el puesto 4 de elegibilidad en dicha resolución, y que la vacante fue tomada por la persona que ocupó el segundo puesto, bajo la resolución N° 6175 de 2023.

El día 29 de diciembre del 2023 quedó en firme el decreto 2280 de 2023, *“Por el cual se modifica la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”* el cual dispuso en su primer artículo suprimir de la planta de personal del ICBF, establecida en el artículo 3° del Decreto número 1479 de 2017, los siguientes empleos: (...) *“377 cargos de denominación profesional universitario código 2044 grado 09”*.

En su artículo 2, el referido decreto ordenó crear en la planta de personal del ICBF, los siguientes empleos: (...) *“377 cargos de denominación profesional universitario código 2044 grado 11”*; y en el artículo 6°, que *“la provisión de los empleos creados en el artículo 2° del presente decreto deberá hacerse de conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y el Decreto número 1083 de 2015 y las demás disposiciones sobre la materia, y hasta la concurrencia de las apropiaciones presupuestales de cada vigencia”*.

El día 7 de marzo de 2024, a través del memorando N° 202412100000025933, la Dirección de Gestión Humana habría comunicado la *“apertura proceso encargos ICBF empleos nivel profesional”*, en donde se identifica anexo *“empleos de nivel profesional para proveer mediante encargo”*; en el que la accionante observa desde

el ID 150 hasta el 233, que existen 83 (ochenta y tres) cargos en estado "VACANTE DEFINITIVA", con código 2044 grado 11, identificando más de seis vacantes definitivas de rol "trabajo social" en DIRECCIÓN REGIONAL – Centro Zonal en los ID: 163, 164, 166, 174, 179, 220, entre otras, que de acuerdo al criterio unificado de la CNSC, cumplirían como empleo equivalente a PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 09, OPEC No. 168343 DIRECCIÓN REGIONAL –Atención en Ciclos de Vida y Nutrición (entendiendo que para el momento de la convocatoria se hablaba de grado 09, y ahora es grado 11), según lo expuesto en el tercer numeral en que se aclara que quedó en firme el decreto 2280 de 2023 que modifica la planta de ICBF.

Según la accionante, lo anterior demuestra que el ICBF cuenta actualmente con vacantes definitivas, que cumplen con todos los parámetros establecidos en los criterios unificados por la CNSC, lo cual permite el uso de la lista de elegibles para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09 (ahora grado 11) Rol Trabajo Social, identificado con el código OPEC No. 168343 DIRECCIÓN REGIONAL – Atención en Ciclos de Vida y Nutrición, para el cual concursó, y el cual es equivalente al manual de funciones de profesional Universitario, Código 2044, Grado 9 (ahora grado 11) Rol Trabajo Social Área funcional DIRECCIÓN REGIONAL – Centro Zonal, ofertado por encargo actualmente a profesionales que hoy gozarían con estabilidad laboral en derecho a carrera administrativa.

Teniendo en cuenta que la lista de elegibles conformada por la Resolución No. 1942 del 24 de febrero de 2023, de la convocatoria 2149 de 2021 para proveer una vacante definitiva según la OPEC No. 168343, tiene vigencia de dos años, la accionante alega que lo expuesto representa una vulneración al derecho al debido proceso, a la igualdad, y a la carrera administrativa de quienes se encuentran en mencionada lista de elegibles (en la cual ella ocupa de hecho el puesto número 18), de conformidad con la ley 1960 de 2019¹.

En consecuencia, pretende que se ordene al ICBF informar la totalidad de vacantes definitivas en el código 2044 grado 11, similares o

¹ La Ley 1960 de 2019 es el marco normativo por el cual se modifica la Ley 909 de 2004, disponiendo que no sólo con las listas de elegibles se deben cubrir todas las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, sino también aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes, no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

equivalentes a la OPEC 168343, en su planta global; y que se ordene al ICBF realizar la solicitud a la CNSC, para que ésta realice el estudio técnico correspondiente para la equivalencia de empleos, y se emita por la CNSC el correspondiente concepto de viabilidad para hacer uso de la referida lista de elegibles.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La solicitud de tutela fue admitida mediante auto notificado a las partes el día 8 de octubre de 2024. Se ordenó vincular a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, cuya presidente es la señora SIXTA ZÚÑIGA; al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, cuyo director regional es el señor ÉDGAR QUEVEDO MORENO; y a los demás participantes del Proceso de Selección ICBF N° 2149 de 2021 (para optar al cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, OPEC N° 168343, MODALIDAD ABIERTO), para que si a bien lo tuviesen se pronunciaran dentro del trámite.

LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL contestó que en virtud de las competencias y funciones otorgadas por la Constitución Política de Colombia y la Ley 909 de 2004, la CNSC y el ICBF, suscribieron el Acuerdo No. CNSC – 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021, *“Por el cual se convoca y se 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”*, para proveer en carrera administrativa las vacantes definitivas de la planta de personal de dicha entidad.

Una vez aplicadas las pruebas, agotadas las respectivas etapas de reclamaciones, y en firme los resultados de cada una de ellas, la CNSC expidió la Resolución No. 1942 del 24 de febrero de 2023, *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, identificado con el Código OPEC No. 168343, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR*

FAMILIAR - ICBF, Proceso de Selección Instituto Colombiano de Bienestar Familiar No. 2149 de 2021”, la cual fue publicada en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, como se evidencia en la siguiente captura de pantalla:

Detalle listas							
Proceso Selección	Nro. empleo#	Nro. empleo OPEC	Nro. de resolución#	Nro. de lista - Versión	Estado lista	Fecha publicación de la lista	Fecha vencimiento de la lista
Modalidad Abierto - Proceso de Selección ICBF 2021	168343		2023RES-400.300.24-012908	46162 - 1	ACTIVA	3 mar. 2023	13 mar. 2025

Información acto administrativo				
Observaciones	Nro. resolución	Fecha acto administrativo	Fecha publicación acto	Fecha publicación hasta
Conforma LE	2023RES-400.300.24-012908	24 feb. 2023	3 mar. 2023	3 mar. 2033

Lista de elegibles del número de empleo 168343									
Posición	Tipo documento	Nro. identificación	Nombres	Apellidos	Puntaje	Fecha firmeza	Tipo firmeza	Novedad	Detalle Novedad
18	Cédula de Ciudadanía	1035870906	PAOLA ANDREA	FLOREZ ALZATE	58.17	13 mar. 2023	Firmeza completa		

La CNSC resalta que en tal lista la accionante ocupó el puesto 18, con un total de 58.17 puntos, o sea que no tiene una posición de mérito.

Mediante aviso informativo del 19 de mayo de 2023, la CNSC informó que ya se habían publicado la totalidad de las listas de elegibles del Proceso de Selección.

Así las cosas, aclara que la lista de elegibles es un instrumento que permite organizar a los aspirantes en orden jerárquico, a partir de la sumatoria de los puntajes obtenidos en cada una de las pruebas que conforman el proceso de selección. La razón por la cual es posible organizar a los aspirantes se fundamenta en que existe igualdad de condiciones por OPEC, porque se evalúan las mismas competencias con las mismas pruebas, se califican con los mismos parámetros estadísticos y el mismo ponderado. De no aplicarse de esta manera, se iría en contra del principio de igualdad que debe primar en los Concursos de Mérito.

En el referido Criterio Unificado la CNSC dispuso que, en el Uso de Listas de Elegibles para procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir

nuevas vacantes de los “mismos empleos” o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

Conforme a lo indicado en la Circular Externa No. 011 del 2021, en el Anexo Técnico No. 2, se estableció que, “(...) *si la provisión de la vacante del empleo anteriormente reportado está sujeta al uso de listas de elegibles, por corresponder a un empleo equivalente, el jefe de talento humano deberá solicitar a la CNSC el concepto de viabilidad del uso de listas de elegibles (...)*”, es decir, correspondería a la entidad [en este caso ICBF], realizar una solicitud a la Comisión Nacional para que desde la CNSC, se emita el correspondiente concepto de viabilidad para hacer uso de la respectiva lista de elegibles.

En el caso sub examine la CNSC alega que no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrarse solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante que favoreciera a la accionante de conformidad con lo reportado con la entidad.

Respecto a la solicitud de información del estado actual de las vacantes definitivas, la CNSC alega que habrá de ser resuelta por la entidad nominadora, toda vez que dicha información es del resorte exclusivo de la misma, como quiera que la administración de éstas constituye información institucional propia de cada entidad, sujeta a la variación y movilidad que pueda presentar la planta de personal, sin que para esto deba mediar actuación alguna por parte de la CNSC, careciendo así de competencia para dar respuesta a dicha solicitud.

EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR contestó que en el concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del sistema general de carrera administrativa del ICBF, a través de la convocatoria No. 2149, se ofertó una (1) vacante del empleo denominado *Profesional Universitario Grado 09 2044, ubicado en REGIONAL ANTIOQUIA - GRUPO DE ATENCION EN CICLOS DE VIDA Y NUTRICION* (información que puede ser validada en el enlace <https://simo.cnsc.gov.co/#historicoOfertaEmpleo>, digitando el número de OPEC 168343).

A través de la Resolución N° 1942 del 24 de febrero de 2023, se conformó la lista de elegibles para proveer **una (1) vacante(s)**

definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 09, identificado con el Código OPEC 168343; publicada el 3 de marzo de 2023, y vigente hasta el 13 de marzo de 2025.

En ella, se evidencia que la señora PAOLA ANDREA FLOREZ ALZATE ocupa la posición 18 de la lista, con un puntaje de 58.17, siendo la última persona ubicada en la lista de elegibles. Al revisar la lista de elegibles conformada para la OPEC No. 168343, se evidencia que, a la fecha, existen dieciséis (16) elegibles con mejor derecho al que la señora PAOLA ANDREA FLOREZ ALZATE presenta, por ocupar la posición de lista 18.

En cumplimiento de la lista de elegibles, el ICBF efectuó un (1) nombramiento en periodo de prueba, previamente autorizado por la CNSC, del elegible que ocupó la posición No. 1 en estricto orden de mérito. Ahora bien, la novedad por derogatoria que se presentó por el nombramiento adelantado para la OPEC No. 168343, fue reportada a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC mediante el aplicativo del Banco Nacional de Listas de Elegibles – BNLE, quien autorizó uso de la lista de elegibles para la posición No. 2 en estricto orden de mérito.

La OPEC en la que concursó la accionante, en el cual solo se ofertó una vacante, fue ocupada por la señora BEATRIZ EUGENIA MUNERA PALACIOS, lo cual sería prueba de que el ICBF ha respetado las reglas del concurso, y los principios de transparencia y mérito.

A la fecha de la contestación, no se habían generado vacantes con posterioridad al empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 09 (ahora Grado 11) Rol Trabajo Social con funciones del Grupo de Atención en Ciclos de Vida y Nutrición, que cumplan con todos los parámetros establecidos en los Criterios Unificados de la CNSC para la OPEC No. 168343, empleo al que la señora PAOLA ANDREA FLOREZ ALZATE aplicó.

Respecto al Decreto 2280 de 2023, por medio del cual se modifica la planta de personal del ICBF, el accionado Instituto alega que no implica mala fe por parte de esa entidad, pues fue expedido por el presidente de la República en uso de las facultades constitucionales y legales conferidas en el numeral 14 del artículo 189 de la Constitución, y en el Artículo 115 de la Ley 489 de 1998.

Dicho decreto se consideró necesario para crear condiciones para un trabajo digno y decente de su talento humano, indicando con claridad que la provisión de empleos debería hacerse de conformidad con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 1083 de 2015, lo cual incluye el respeto por el concurso adelantado, las listas vigentes, y la utilización de las mismas de conformidad con lo establecido en las normas de convocatoria.

A título de ejemplo, en los casos en los que la comisión ha autorizado el uso de listas para la provisión de cargos, se ha nombrado a los elegibles en dos grados superiores, conforme a la modificación de la planta; es decir, si en la convocatoria se ofertó un empleo profesional universitario 2044-07, en virtud del Decreto se nombraría en un cargo profesional universitario 2044-09.

Por último, el ICBF informa que los cargos provistos mediante encargo, se encuentran provistos de manera excepcional y transitoria, conforme lo establece la Ley 1960 de 2019², mientras la CNSC informa al ICBF la forma de provisión definitiva de estas.

Este juzgado profirió sentencia respecto a este asunto el día 22 de octubre de 2024, la cual fue impugnada la parte accionante. Mediante providencia notificada el día 28 de noviembre de 2024, **el Tribunal Superior de Medellín declaró la nulidad de la sentencia de instancia**, con base en que no se vinculó por pasiva al trámite de la tutela a las personas que actualmente ocupen, en encargo o provisionalidad, cargos vacantes definitivos, con denominación *PROFESIONAL UNIVERSITARIO*, Código 2044, Grados 9 y 11, de la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC N° 168343.

En cumplimiento a lo resuelto por el Superior, mediante providencia notificada el día 29 de noviembre de 2024 se ordenó VINCULAR a la presente acción de tutela a las personas que actualmente ocupen, en encargo o provisionalidad, cargos vacantes definitivos, con denominación *PROFESIONAL UNIVERSITARIO*, Código 2044, Grados 9 y 11, de la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC N° 168343; para que en un término de DOS (2) DÍAS contados a partir de la notificación

² "Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"

de esta providencia por parte del ICBF o la CNSC, se pronunciaran frente a los hechos y pretensiones de la tutela promovida por la señora PAOLA ANDREA FLÓREZ ALZATE (C.C. 1.035.870.906) en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, Y DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, y al acceso a cargos públicos.

ADEMÁS SE ORDENÓ AL ICBF Y A LA CNSC que en el término de DOS (2) DÍAS contados a partir de la notificación de esta providencia, notificaran públicamente y por el medio más expedito a las personas que actualmente ocupen, en encargo o provisionalidad, cargos vacantes definitivos, con denominación *PROFESIONAL UNIVERSITARIO*, Código 2044, Grados 9 y 11, de la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC N° 168343; y a los demás participantes del Proceso de Selección ICBF N° 2149 de 2021 (para optar al cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, OPEC N° 168343, MODALIDAD ABIERTO) sobre la admisión de la presente tutela, para que si a bien lo tuviesen se pronunciaran dentro del trámite.

LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL acreditó haber cumplido la vinculación dentro del término concedido, aportando certificación de notificación masiva con GLPI N° 145370 el día 3 de diciembre de 2024.

Habiéndose surtido el trámite procesal correspondiente, se procede a resolver la solicitud de tutela con base en las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

En el asunto bajo estudio corresponde determinar si lo actuado por la parte accionada y vinculada respecto a lo reclamado por la señora PAOLA ANDREA FLÓREZ ALZATE (C.C. 1.035.870.906), representa una vulneración a sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, y al acceso a cargos públicos.

Para ello el despacho se valdrá de la doctrina constitucional pertinente, y con base en estos elementos de juicio resolverá la controversia jurídica planteada.

- *SOBRE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO*

El debido proceso constituye un conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. En consecuencia, implica para quien asume la dirección del procedimiento la obligación de observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la Ley o en los reglamentos. Esto, con el fin de preservar los derechos de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o una obligación o a la imposición de una sanción³.

El debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas.

La extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, *“en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”*⁴.

³ Sentencias T-073 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ Sentencia T-442 de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte⁵, el debido proceso comporta al menos los derechos (i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y (iii) el derecho a la defensa.

Frente a la exigencia de dichas garantías, la Corte Constitucional ha señalado que es más rigurosa en determinados campos del derecho, como en materia penal, en la cual la actuación puede llegar a comprometer la libertad personal, en tanto que en materia administrativa, su aplicación es más flexible, dada la naturaleza del proceso que no necesariamente compromete derechos fundamentales⁶.

En este sentido, el cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución, tiene diversos matices según el derecho de que se trate, dado que no todo derecho es de orden penal, sino que es posible encontrar *“reglas y procedimientos de otros órdenes como el civil, el administrativo, el policivo, el correccional, el disciplinario o el económico, entre otros, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal, y que comportan decisiones y sanciones de diversa categoría, matices que deberán ser contemplados en la regulación de sus propias reglas”*⁷.

- **LA IGUALDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL**

La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional, pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía⁸.

⁵ Ver sentencias C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-341 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo y C-496 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chauljub.

⁶ Sentencias C-957 de 2011, C-248 de 2013.

⁷ Sentencia C-248 de 2013.

⁸ Sentencia T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido de garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras⁹.

El principio de igualdad es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho. En términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho.

La Corte ha precisado que el derecho y principio a la igualdad, es un concepto “relacional” porque siempre se analiza frente a dos situaciones o personas que pueden ser comparadas a partir de un criterio determinado y jurídicamente relevante¹⁰. Igualmente, se ha explicado que no constituye un mecanismo “aritmético” de repartición de cargas y beneficios; en tanto toda sociedad debe adoptar decisiones políticas que implican, en cierto momento histórico, mayores beneficios para ciertos sectores, en detrimento de otros.

Esas decisiones, adoptadas por mecanismos democráticos, no pueden ser juzgadas a priori, como incompatibles con el principio de igualdad, sino que constituyen complejos problemas de justicia (distributiva), en los que la razonabilidad de las distinciones involucra principios que definen la visión y los fines que una comunidad política defiende para sí¹¹.

⁹ Sentencia T-030 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

¹⁰ Cfr. Sentencias T-352 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-090 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹¹ Sentencia C-520 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa).

- *EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MÉRITO COMO PRINCIPIO RECTOR DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO*

El artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. Así, consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

La constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito “constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles

protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.”¹²

El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos. Este último corresponde a los procesos en los que a través de criterios objetivos se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para, con dichos resultados, designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

Respecto de la función del concurso público como garantía de cumplimiento del mérito, en la Sentencia C-588 de 2009, en la cual se declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008, *"por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política"*, la Corte Constitucional afirmó que:

"Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa. Así pues, el sistema de concurso 'como regla general regula el ingreso y el ascenso' dentro de la carrera y, por ello, 'el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos', pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual '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'.

El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de

¹² Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante'."

En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió la Ley 909 de 2004, entre otras, para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera. El artículo 27 de esta ley definió la carrera administrativa como *"un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público"*. Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se hará exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad. Dentro de este contexto, el artículo 28 enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran: el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

En la mencionada ley se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente encargado de la administración y vigilancia de las carreras, excepto aquellas que tengan carácter constitucional especial, y que esta entidad también es la encargada de realizar los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa.

Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2005, que reguló parcialmente la Ley 909 de 2004. El artículo 7, modificado por el Decreto 1894 de 2012, estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el párrafo 1 de este artículo se dispuso que: *"Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004"*.

- **SOBRE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA TUTELA**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, y los artículos concordantes del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo tanto, es necesario satisfacer todos los requisitos de procedibilidad para poder conocer el fondo del asunto.

La acción de tutela *"solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de este mecanismo, la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para remediar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Ha sostenido también que una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

La idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial no pueden darse por sentadas, ni ser descartadas de manera general, sin consideración a las circunstancias particulares del caso sometido a conocimiento del juez. En otros términos, no puede afirmarse que determinados recursos son siempre idóneos y efectivos para lograr determinadas pretensiones, sin que se tengan en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: "(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es

idóneo ni eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio”¹³.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha establecido que, entre las circunstancias que el juez debe analizar para determinar la idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial ordinarios se encuentra: (i) la condición de la persona que acude a la tutela y si es sujeto de especial protección constitucional; y (ii) la situación de debilidad manifiesta del accionante y la afectación a su mínimo vital¹⁴. Lo anterior, no indica que el requisito de subsidiariedad se desplace, sino que por el contrario su valoración se flexibiliza¹⁵.

V. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Las pretensiones de la parte accionante se encuentran encaminadas a que le sea autorizado el nombramiento en periodo de prueba, en un cargo similar a aquél al que concursó, por hacer parte de la lista de elegibles del empleo PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, identificado con el Código OPEC No. 168343, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.

En este caso, lo que está en discusión es la eventual vulneración de los derechos al debido proceso administrativo y al acceso a la carrera administrativa de la accionante. Lo anterior implica que no sería razonable exigirle acudir a otra vía judicial, puesto que la resolución de la controversia planteada, producida en el transcurso de un concurso de méritos, requiere de cierta inmediatez para que produzca efectos apropiados a la finalidad constitucional del proceso de selección, cuya lista de elegibilidad tiene vigencia. Por lo anterior se considera que es la tutela el medio judicial idóneo de protección para los derechos invocados, puesto

¹³ Corte Constitucional, sentencia SU-075 de 2018

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-406 de 2012, SU-070 y SU-071 de 2013.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-662 de 2013.

que para la resolución del asunto no resultan oportunos ni eficaces los mecanismos judiciales de protección ordinarios.

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se corroboró que la señora PAOLA ANDREA FLOREZ ALZATE ocupó la posición dieciocho (18), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 1942 del 24 de febrero de 2023. En consecuencia, no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Por lo anterior, se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles, cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Las Listas de Elegibles generan un derecho adquirido a los elegibles que, al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron, con base en el número de vacantes ofertadas por empleo.

A los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria, les asiste una expectativa frente a la utilización de Listas de Elegibles para la provisión de dicho empleo. En el presente caso, las vacantes ofertadas ya fueron provistas, y la aspiración frente al acceso al empleo público se ve limitada por no ocupar posición meritoria.

En atención a la expedición de la Ley 1960 de 2019 y con base en las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de su Sala Plena, en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019, disponiendo que:

(...) "El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse en las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección.

Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobadas con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse

durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes."
(...)

El Acuerdo No. 0165 del 12 de marzo de 2020 "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera y Sistemas específicos y Especiales de Origen Legal en lo que les aplique", expone:

"ARTICULO 8°. Uso de Lista de Elegibles. Durante su vigencia las listas de elegibles serán utilizadas para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad, en los siguientes casos: [...] 3. Cuando se generen vacantes del "mismo empleo" o de "cargos equivalentes" en la misma entidad".

En el Criterio Unificado proferido por la CNSC el día 22 de septiembre de 2020, para efecto del uso de listas se definieron los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente" así:

- **MISMO EMPLEO.** *Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.*
- **EMPLEO EQUIVALENTE.** *Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles.*

Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:

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

SEGUNDO: Identificar qué empleos de las listas de elegibles poseen los mismos o similares requisitos de estudios del empleo a proveer. [...]

NOTA: Cuando el requisito de estudios incluya título de pregrado o aprobación de años de educación superior, según corresponda, se deberá seleccionar las listas de elegibles con empleos cuyos requisitos de estudios contienen al menos una disciplina o núcleo básico del conocimiento de los requisitos de estudio del empleo a proveer.

TERCERO: Verificar si los empleos de las listas de elegibles anteriormente seleccionados poseen los mismos requisitos de experiencia del empleo a proveer, en términos de tipo y tiempo de experiencia.

En caso de que los requisitos del empleo incluyan equivalencias entre estudios y experiencia, el estudio se podrá efectuar sobre la equivalencia aplicada establecida en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales.

CUARTO: Con los empleos seleccionados anteriormente, se deberá identificar los elementos que determinan la razón de ser de cada uno de los empleos, el propósito principal y las funciones esenciales, esto es las que se relacionan directamente con el propósito.

Una vez seleccionados los elementos anteriormente descritos, se deberá revisar que la acción de al menos una (1) de las funciones o del propósito principal del empleo de la lista de elegibles contemple la misma acción de alguna de las funciones o del propósito del empleo a proveer.

Entendiéndose por "acción" la que comprende el verbo y el aspecto o aspectos sobre el que recae este, sin que esto implique exigir experiencia específica, la cual se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, las funciones "proyectar actos administrativos en temas de demandas laborales" y "proyectar actos administrativos en carrera administrativa" contemplan la misma "acción" que es proyectar actos administrativos y, por lo tanto, los dos empleos poseen funciones similares.

QUINTO: Verificar qué empleos a analizar poseen iguales o similares requisitos en cuanto a competencias comportamentales para lo cual se deberá verificar que al menos una (1) competencia comportamental común del empleo de la lista de elegibles coincida con alguna de las competencias comunes del empleo a proveer y que al menos una (1) competencia comportamental por nivel jerárquico del empleo de la lista de elegibles

coincida con alguna de las competencias por nivel jerárquico del empleo a proveer.

Los empleos que hayan sido identificados como equivalentes en la planeación de los Procesos de Selección, se tratarán como un mismo grupo de referencia o grupo normativo.

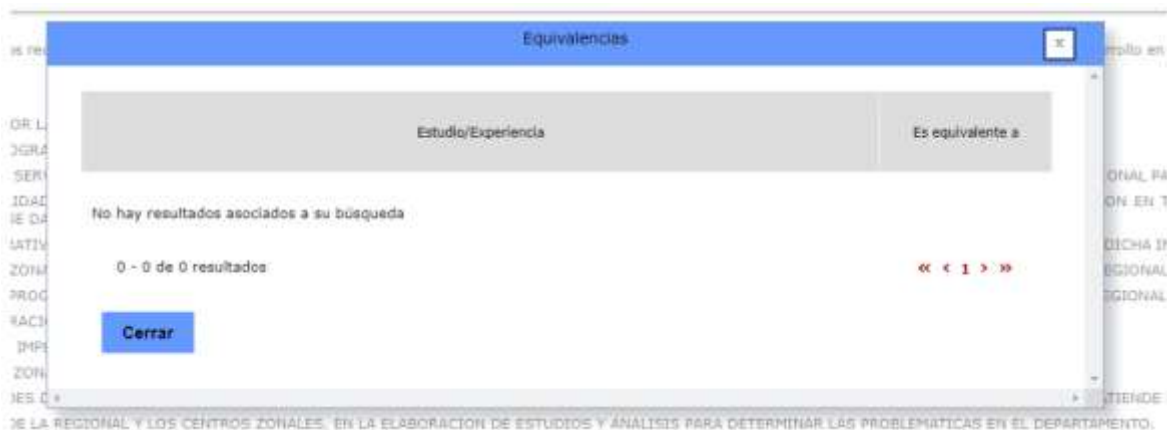
En consecuencia, de lo anterior, no es posible identificar dos empleos como equivalentes si no hacen parte del mismo grupo de referencia, ya que no son compatibles dado que no se da cumplimiento a las mismas condiciones en la calificación de las diferentes pruebas aplicadas.

De ahí que en el criterio unificado, la CNSC dispuso que las listas de elegibles para procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, debían usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC de la respectiva convocatoria, y para cubrir nuevas vacantes de los “mismos empleos” o vacantes de cargos de empleos equivalentes.

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, ha reportado movilidad de la lista para la posición 1, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritaria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

En este sentido, la CNSC autorizó al elegible que ocupó la posición 2, por lo que la OPEC en la que concursó la accionante, en el cual solo se ofertó una vacante, fue ocupada por BEATRIZ EUGENIA MUNERA PALACIOS, lo cual sería prueba de que el ICBF ha respetado las reglas del concurso, y los principios de transparencia y mérito.

En el aplicativo SIMO, se evidencia frente a la equivalencia de empleos, lo siguiente:



Este juzgado encuentra que no es válido el análisis que realiza la accionante para colegir que la plaza pretendida se trata de empleos equivalentes al que concursó, pues quien tiene la capacidad técnica y conceptúa sobre la viabilidad de la equivalencia es la CNSC.

Respecto a las vacantes identificadas en los ID 163, 164, 166, 174, 179, y 220, si bien corresponden al perfil trabajo social profesional universitario 2044 grado 11, se observa que la ubicación del empleo y área funcional es diferente a la OPEC en la que participó la accionante, pues, mientras en la ofrecida a encargo en su área funcional obedece a centro zonal, en la OPEC 168343 corresponde a Dirección Regional Ciclos de Vida y Nutrición.

En el caso de la existencia de vacantes definitivas para el empleo profesional 2044 grado 11 con funciones en centro zonal, debe usarse la lista de elegibles correspondiente a esa oferta, lo cual, no impide que mientras se surte dicho trámite pueda proveerse los cargos a través de la figura de encargo, pues su naturaleza es transitoria.

El ICBF informó que a la fecha de su contestación, no se habían generado vacantes con posterioridad al empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 09 (ahora Grado 11) Rol Trabajo Social con funciones del Grupo de Atención en Ciclos de Vida y Nutrición, que cumplan con todos los parámetros establecidos en los Criterios Unificados de la CNSC para la OPEC No. 168343, empleo al que la señora PAOLA ANDREA FLOREZ ALZATE aplicó.

Por último, en cuanto a los casos similares de jurisprudencia anexos a la solicitud de la accionante, se concluye que no existe vulneración de derechos a la igualdad o al debido proceso, pues los supuestos facticos de los casos referidos no son idénticos a los de esta acción, por lo que dichas decisiones tienen efectos inter partes y no puede hacerse extensivos a otros sujetos.

En consecuencia, al no encontrarse probado en este trámite un hecho generador de la presunta afectación a los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, se denegarán las pretensiones de la solicitud.

VI. DE LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO OCTAVO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN DE ORALIDAD, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE

PRIMERO. DENEGAR EL AMPARO constitucional al derecho fundamental al debido proceso, a la igualdad, y al acceso a cargos públicos deprecado por la señora PAOLA ANDREA FLÓREZ ALZATE (C.C. 1.035.870.906).

SEGUNDO. NOTIFICAR esta providencia por el medio más expedito y eficaz a las partes.

TERCERO. ORDENAR AL ICBF Y A LA CNSC que en el término de DOS (2) DÍAS contados a partir de la notificación de este fallo, notifiquen públicamente y por el medio más expedito sobre lo resuelto en esta acción de tutela a los demás participantes del Proceso de Selección ICBF N° 2149 de 2021 (para optar al cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, OPEC N° 168343, MODALIDAD ABIERTO); y a las personas que actualmente ocupen, en encargo o provisionalidad, cargos vacantes definitivos, con denominación *PROFESIONAL UNIVERSITARIO*, Código 2044, Grados 9 y 11, de la Oferta

CUARTO. DE NO SER IMPUGNADA esta decisión dentro de los tres días siguientes a su notificación, remítase al día siguiente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

**VERÓNICA MARÍA VALDERRAMA RIVERA
JUEZ**

Firmado Por:

**Veronica Maria Valderrama Rivera
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 008 Oral
Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**83ea6addcf9037a62978c2a3c780fef2adb77950d3483a75e823ed
1345f07c2e**

Documento generado en 04/12/2024 09:58:15 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>