

Señores
JUZGADOS MUNICIPALES DE TUTELA DE (CESAR)
E. S. D.

REF: ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: NELGYS MENDOZA DE LEON
ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
UNIVERSIDAD DE PAMPLONA
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA.

NELGYS MENDOZA DE LEON mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 49695446, correo electrónico mendozanelgys@hotmail.com , domiciliada en CESAR actuando en nombre propio acudimos ante usted Señor Juez para instaurar **ACCION DE TUTELA** contra **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC** Representada Legalmente por la Comisionada Doctora **MONICA MARIA MORENO BAREÑO** y/o quien haga sus veces, y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** Representada Legalmente por el Doctor **IVALDO TORRES CHAVEZ** y/o quien haga sus veces, **UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** Representada Legalmente por **IVALDO TORRES CHAVEZ** y/o quien haga sus veces y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** Representada Legalmente por **LINA MARIA ARBELAEZ** y/o quien haga sus veces, con el objeto de que se protejan nuestros derechos fundamentales Constitucionales **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO A LA DEFENSA, A LA PROTECCION ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DE ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, AL LIBRE ACCESO A CARGOS PUBLICOS, ASI COMO LOS PRINCIPIOS DEL MERITO, IGUALDAD EN EL INGRESO, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y SEGURIDAD JURIDICA**, que han sido vulnerados, por los accionados.. El fundamento de las pretensiones de Acción de Tutela radica en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Me encuentro vinculada al ICBF actualmente, en el cargo Profesional Universitario Código 2044 Grado 7.

SEGUNDO: Que la CNSC en acuerdos suscritos con el ICBF, abrieron la Convocatoria o. 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer los cargos vacantes, siendo el término de inscripciones del 11 al 24 de octubre de 2021.

TERCERO: Que los cargos ofertados dentro de la Convocatoria ICBF 2021, Mediante acuerdo 2081 de 2021, fueron los siguientes cargos:

CAPÍTULO II **EMPLEOS CONVOCADOS PARA EL PROCESO DE SELECCION**

ARTÍCULO 8. OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN. La OPEC para este proceso de selección es la siguiente:

TABLA No. 1
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA MODALIDAD DE ASCENSO

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	175	772
Técnico	14	114
Asistencial	12	88
TOTAL	201	974

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

TABLA No. 2
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LA MODALIDAD DE ABIERTO

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	34	2.774
Técnico	3	10
Asistencial	8	34
TOTAL	45	2.818

TABLA No. 3
OPEC PARA EL PROCESO DE SELECCIÓN EN LAS MODALIDADES DE ASCENSO Y ABIERTO
EMPLEOS QUE NO REQUIEREN EXPERIENCIA

NIVEL JERÁRQUICO	NÚMERO DE EMPLEOS	NÚMERO DE VACANTES
Profesional	3	373
Técnico	5	32
Asistencial	4	50
TOTAL	12	455

CUARTO: Dentro de los términos establecidos en el Acuerdo No. 2081 de 2021 que rige la Convocatoria No. 2149 de 2021, me inscribí para participar dentro de misma, con el fin de aspirar al cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 7– OPEC 166313, pues actualmente ostento el título académico de Trabajadora Social

QUINTO: Que dentro de la verificación de requisitos mínimos se evidenció por parte de la CNSC que, como aspirante al cargo arriba señalado, cumplía requisito, por lo tanto, fui admitida y citada para presentar las pruebas de conocimiento el día 22 de mayo de 2022, según el cronograma señalado en el Acuerdo No. 2081 de 2021.

SEXTO: Que como el Acuerdo No. 2081 de 2021 estableció que una vez presentadas las pruebas escritas, el aspirante podía hacer la reclamación dentro de los cinco (5) siguientes a la presentación de la prueba en la plataforma SIMO, si consideraba que existían irregularidades en la misma, presenté la correspondiente reclamación dentro de los términos establecidos en la norma contra los resultados de las pruebas escritas.

SEPTIMO: Que se obtuvo respuesta de la CNSC, donde nos citan para el día 17 de Julio de 2022, con fin de obtener el acceso a material de pruebas escritas funcionales y comportamentales, del proceso de selección del instituto Colombia de Bienes Familiar – ICBF 2021, recomendado en la misma leer previamente la Guía de Orientación al Aspirante para el acceso a pruebas escritas publicado en la página web de la CNSC, así como cumplir las instrucciones allí estipulado.

OCTAVO: Que dicha GUIA estableció en su numeral segundo lo siguiente: “2. RESERVA Y CONFIDENCIALIDAD DE LAS PRUEBAS ESCRITAS.

Las Pruebas Escritas aplicadas tienen carácter reservado y son propiedad de la CNSC. El aspirante podrá utilizarlas para la consulta y trámite de reclamaciones en caso de solicitar el acceso, advirtiendo que en ningún caso está autorizada su reproducción física y/o digital (fotocopia, fotografía, documento escaneado u otro similar), con el ánimo de conservar la reserva contenida en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o sustituya, situaciones que podrán llevar a la exclusión del proceso de selección y acciones administrativas acordes con la normatividad vigente.

En caso de que el aspirante incurra en alguna de las conductas descritas, se dará aplicación a la disposición contenida en el Título VIII, Capítulo Único “De los delitos contra los derechos de autor” de la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano, en armonía con lo dispuesto en el numeral 4.4 del Anexo Técnico Acuerdo No. 2081 del 21-09-2021, sin perjuicio de las demás acciones sancionatorias a que haya lugar.

Con el objeto de garantizar la reserva de las pruebas el aspirante deberá suscribir un acuerdo de confidencialidad, el cual será una condición indispensable para poder entregar el material de Pruebas Escritas.

NOTA: Si el aspirante se niega a la firma del acuerdo de confidencialidad, NO podrá acceder al material de Pruebas Escritas por él aplicadas” (cursiva fuera de texto).

NOVENO: *Que a pesar que se solicitó el cuadernillo como prueba esencial para poder controvertir las preguntas realizadas, este no fue suministrado por el CNSC ni la Universidad de Pamplona, vulnerando lo establecido en la sentencia del consejo de estado proferidas en la Sección Segunda de fecha 13 y 18 de septiembre de 2021, dentro de los expedientes radicados bajo los números 2012-00233-01 y 2012-00491-01, se ampararon los derechos de acceso a los documentos públicos y defensa. En consecuencia, se ordenó que se pusiera en conocimiento de los demandantes las preguntas efectuadas y sus respuestas, a fin de que pudieran efectuar en debida forma sus reclamaciones.*

Igualmente, esta corporación se pronunció frente al mismo tema en la sentencia del 17 de noviembre de 2015, con radicado Número: 11001-03-25-000-2009-00014-00 (0410-09).

“Cabe recordar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto a la reserva legal de las pruebas utilizadas en los procesos de concursos de méritos, al resolver acciones de tutela, ha sostenido que ella solo resulta procedente frente a los terceros no intervinientes directamente en el asunto, pues la negativa de hacerlo en relación con el participante en el proceso de selección afecta sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción²⁵, así como el derecho de acceder a los documentos públicos, por lo cual los concursantes tienen acceso a su propia prueba, pero no a la de los demás aspirantes²⁶, posición constitucional que comparte la Sala, pues garantiza la tutela judicial efectiva de cara a los derechos al debido proceso y de defensa.” (negrilla y cursiva fuera de texto).

DECIMO: *Que, por tanto, mediante inspección realizada el día 17 de Julio de 2022, se encontraron en las pruebas de conocimiento realizadas según el cronograma el día 22 de mayo de 2022, serias inconsistencias en el planteamiento de las 120 preguntas realizadas y ante lo cual presentamos ampliación de la reclamación a los resultados de las pruebas de conocimientos el día 19 de Julio de 2022 siendo esta la fecha límite, así:*

- *No se tuvo en cuenta el título académico que exigía cada empleo reportado para la convocatoria ya mencionada.*
- *A pesar que existían para el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 8 diferentes aspirantes en niveles académicos como psicólogos, trabajadores sociales, nutricionistas, antropólogos, la prueba escrita se hizo sin tener en cuenta estos criterios diferenciales, por lo tanto, de las 120 preguntas muy pocas obedecieron a la especialidad de los cargos requeridos y a la especialidad del aspirante, reuniendo a todos los aspirantes en un solo grupo.*
- *Que las preguntas no estaban planteadas conforme al Manual de Funciones y Competencia Laboral, ni a los ejes temáticos reportados por el ICBF*
- *Que muchas de las respuestas establecidas por la Universidad de Pamplona, carecían de sustento jurídico y por ende erradas, por ello era imposible que mi respuesta coincidiera con las señaladas en el cuestionario.*
- *La pregunta 6, No es competencia del trabajador social decirle al Defensor de Familia que debe hacer, debido a que él es la autoridad administrativa quien define con plena autonomía bajo la normatividad establecida la decisión a tomar, basada obviamente en los insumos que emite el equipo interdisciplinario y las sugerencias o recomendaciones que se hagan en este caso en particular, no solo el Defensor de Familia tiene en cuenta la lectura que haga el Trabajador Social. Cuanto se plantea el termino usted considera, se torna un tanto subjetivo, prestándose para diversas interpretaciones, lo que evidencia la falta de rigurosidad ante su formulación y generando vacíos para que se pueda considerar cualquiera de las opciones de respuesta, induciendo fácilmente al error. Por lo anterior, se evidencia un claro desconocimiento a la normatividad de infancia y adolescencia, porque en un equipo interdisciplinario de Defensoría de Familia, la Autoridad Administrativa es quien toma las decisiones y lidera el equipo, sin esperar que consideren los demás integrantes, se realizan reuniones para analizar desde un enfoque interdisciplinario y que las decisiones sean acertadas.*
- *La pregunta 11, en este caso se considera que la respuesta correcta es la ubicación del adolescente en un hogar sustituto, teniendo en cuenta que se ubican en hogar de paso cuando el NNA no cuenta con familia, pero en este caso se afirma que el niño tiene familia (padre) que no es garante para el cuidado luego de hacerse la atención por la entidad, por lo tanto, la respuesta correcta es la B.*
- *Art. 57 Ley 1098 de 2006: Ubicación en hogar de paso. La ubicación en hogar de paso es la ubicación inmediata y provisional del niño, niña o adolescente con familias que forman parte de la red de hogares de paso. Procede la medida cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención.*
- *La pregunta 13, La respuesta es la C, se observa que faltó una mejor redacción y estructuración de acuerdo con el eje funcional de la OPEC, el cual no corresponde al manual de funciones específicas del cargo si no del área de planeación y del enlace regional del sistema nacional de bienestar familiar quienes tienen labores específicas en el tema articulado de asistencia técnica*

nivel Regional y Nacional ICBF. En la respuesta seleccionada por la Universidad se observa que faltó una mejor redacción y estructuración de acuerdo al eje funcional de la OPEC el cual no corresponde al manual de funciones específicos de mi cargo si no del área de planeación y del enlace regional del sistema nacional de bienestar familiar quienes tiene labores específicas en el tema articulado y específico de asistencia técnica al nivel de la Regional y Nacional ICBF orientaciones que ellos brindan a los centros zonales, las mesas territoriales al nivel departamental, municipal, nacional así como a los proveedores del ICBF donde se establecen las DIFICULTADES dentro del proceso de aplicación de los programas esto con el fin de realizar un trabajo de plan de mejora de quienes están directamente implicados en la puesta en marcha de las acciones para atención de los NNA y sus familias.

- La pregunta 15, De acuerdo a la guía para la focalización de los usuarios de primera infancia del ICBF (Versión 3 del 14 de febrero de 2022) el concepto de focalización es: Proceso de la política social que permite direccionar los recursos y esfuerzos de las intervenciones de los programas sociales hacia los grupos de población más pobre y vulnerable, a partir del principio de eficiencia y equidad, con el fin de reducir las privaciones a las que se enfrenta esta población. La focalización es un proceso que involucra distintos momentos: identificación; selección; y asignación, los cuales resultan relevantes al momento de evaluar y mejorar los resultados que alcanzan los programas sociales.
- La pregunta 17, la respuesta es la C, se encuentra inmerso en los lineamientos estratégicos, es un direccionamiento de la Dirección Regional y de su competencia.
- Que Las preguntas 28, 29 y 30 no están relacionadas con el manual de funciones correspondiente a rol establecido en el manual publicado en la OPEC de la referencia, ya que se pregunta sobre trámites de bienes inmuebles, actividad netamente reservada para los servidores de los procesos de apoyo en gestión administrativa dependencia de abastecimiento. Para el caso de la OPEC a la que me presente referenciada al inicio de este documento hace parte del proceso misional, toda vez que se pregunta sobre inventario y facturación.
- Que la pregunta Numero 37 la cual hace referencia que en una capacitación con el equipo son los colegios LA RESPUESTA CORRECTA PUEDA SER CUALQUIERA DE LAS TRES OPCIONES, TENIENDO ENCUENTRA QUE LAS TRES DETERMINAN EL GRADO DE AFECTACIÓN POR PARTE DE SU MADRE Y HERMANO, PUES ES SUBJETIVO PORQUE LA TRES OPCIONES HACEN ÉNFASIS A LOS ANTECEDENTES FAMILIARES. pregunta ambigua que induce al error
- La pregunta 49, no está relacionada con el manual de funciones correspondiente a nuestro rol, ya que se pregunta sobre respuesta a derecho de petición.
- Las preguntas, 55,56 y 57, este tema es específico del área de administrativa y financiera relacionada con el área de planeación a nivel nacional y regional- Por lo tanto, no corresponde al área OPEC- no están relacionadas con el manual de funciones correspondiente a nuestro rol, ya que se pregunta sobre ejecución y liquidación de contratos, con una tabla de presupuestos asignada.
- La pregunta 64, la respuesta es la A, De acuerdo con el texto da la posibilidad de varias respuestas, dado que el juego y la disciplina positiva son aspectos que tienen relación e inciden con el proceso social y educación emocional de los niños.
- La pregunta 75, Se aborda una problemática laboral donde se miden competencias del actuar profesional más no de sus funciones específicas en un rol determinado, es muy ambigua la pregunta. Llega de trabajo llega una nueva persona a liderar los procesos que tenía usted a cargo y este a su vez pide bastante colaboración para realizar estas labores. Y antes de la reunión también le solicito colaboración
- Que Las preguntas 88, 89, y 90 no están relacionadas con el manual de funciones correspondiente a nuestro rol, ya que se pregunta sobre población infantil escolarizada entre los años 2016 y 2017, una gráfica opaca.
- Que la pregunta número 91 a la que hace referencia y en donde se ofrece información del caso de la diligencia de allanamiento. Difero sobre la respuesta correcta calificada por la universidad, toda vez que en los enunciados de la respuesta HABLA sobre contratar a la aspirante Viviana Sánchez, respuesta (B) respuesta que no es acorde a la normatividad vigente y que se puede sustentar en Artículo 106. CODIGO DE INFANCIA Y ADOLSCENCIA LEY
- La pregunta 114, la respuesta es b, la pregunta es subjetiva las tres opciones pueden ser correctas, se tiene que, dentro de las estrategias psicosociales y el sufrimiento emocional generado a las víctimas, sus familias y comunidades, como consecuencia de las graves violaciones a los Derechos humanos y las infracciones al Derecho internacional humanitario como se describe en las características del conflicto y los efectos en los en menores de edad en situación de desplazamiento y movilización.

- La pregunta 118, no está relacionada con el manual de funciones correspondiente a nuestro rol, guarda relación directa con funciones de profesionales de nutrición.

DECIMO PRIMERO: *Que dichas objeciones no fueron resultas por la CNSC, ya que el día 29 de Julio de 2022 (curiosamente fecha en la que termino el contrato entre la CNSC y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA), la CNSC entregó respuesta a la reclamación radicada el 19 de Julio de 2022, utilizando la respuesta conjunta, única y masiva, de conformidad con el Art. 22 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015; sin embargo no dio respuesta de fondo las inquietudes en el escrito de la ampliación a la reclamación.*

DECIMO SEGUNDO: *Que como se continúa en la vulneración de mis derechos, radiqué tres (3) derechos de petición cada uno de ellos dirigido la CNSC, Universidad de Pamplona y el ICBF, a los siguientes correos respetivamente: atencionalciudadano@cns.gov.co, atencionalciudadano@unipamplona.edu.co, atencionalciudadano@icbf.gov.co con el fin de obtener información relacionada con la Convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF.*

DECIMO TERCERO: *Que la Comisión Nacional del Servicio Civil, contestó el derecho de petición, dando respuesta a cada uno de los interrogantes planteadas en el petitum; planteando que se estaba aplicando un nuevo modelo de evaluación de competencias laborales que no tiene en cuenta ni el objeto misional de la entidad ICBF (Ley de Infancia y Adolescencia) ni sus nomograma de grupos interdisciplinarios donde cada profesional (psicólogos, trabajadores sociales, nutricionistas, etc) tiene descrito su rol operacional,, llevando a que esa llamada integralidad de la que pregona la CNSC bajo su nuevo modelo, implique que en caso de que un Trabajador Social falte al servicio o viceversa, sea reemplazado por los psicólogos o nutricionistas o viceversa, despreciando la especificidad de los roles y estudios que se requieren en el manual de funciones de la entidad y establecidos en las normas internas de los grupos interdisciplinarios del ICBF, además de ser la especificidad del perfil del cargo y de funciones la que permite realizar la división del trabajo y desempeñar roles específicos, modelo que se utilizó anteriormente en las convocatorias 01 de 2005 entre otras y que no tuvo ningún inconveniente, no entendiendo las razones del cambio de modelo por parte de la CNSC en esta convocatoria.*

DECIMO CUARTO: *Que además de lo anterior los ejes temáticos tal como “ Reglas generales de manejo de recursos públicos” a pesar que son trabajadores misionales (psicólogos, trabajadores sociales, nutricionistas, antropólogos), y no administrativos o de apoyo a la gestión, lo que llevaron a realizar preguntas de contratación que nada tienen que ver con sus funciones pues ellos no son ordenadores del gasto y estos ejes temáticos Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, se realizaron pocas preguntas, Evaluación y abordaje del contexto socio-familiar de NNA (preguntas generales), más pareciendo una prueba de pregrado, que propiamente una convocatoria de méritos que debió ser soportada sobre un manual de funciones atinente al objeto misional de la entidad (Ley de Infancia y Adolescencia), sobre las resoluciones internas de grupos de trabajo y también incluir en los ejes temáticos las otras líneas tales como Intervención, Protección y Adopciones, lo cual no se tuvo en cuenta, llevando a esa prueba de conocimientos desfasada de la realidad del ICBF y obre la cual en el hecho 10 de la presente acción indicamos los errores de dichas preguntas.*

DECIMO QUINTO: *Que soy madre cabeza de familia a cargo de mi hijo CRISTIAN DAVID RUIZ MENDOZA.*

DECIMO SEXTO: *Que los incisos 2 y 3 del Artículo 3 de la Constitución Política de Colombia, establece que las entidades deben otorgar un trato preferencial como acción afirmativa y adoptar medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, tales como madres cabeza de familia, personas de la tercera edad y las personas con discapacidad.*

DECIMO SEPTIMO: *Que el ICBF tiene conocimiento de mi condición especial como madre cabeza de familia en la historia laboral reposan documentos que evidencian esta situación.*

DECIMO OCTAVO: *Que la Organización Mundial de la Salud – OMS, declaró el brote de enfermedad por Coronavirus – COVID-19 como una pandemia, esencial por la velocidad de su propagación y la escala de transmisión, el 11 de marzo de 2020.*

DECIMO NOVENO: *Que mediante Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró el estado de emergencia sanitaria a causa del coronavirus COVID-19 en*

todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2022, adoptando medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID – 19 y mitigar sus efectos.

VIGESIMO: *Que dicho Acto Administrativo fue modificado por las Resoluciones 407 del 13 de marzo de 2020 y 4050 del 17 de marzo de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, mediante Resoluciones No. 844 de 26 de mayo de 2020; 1462 de 25 de agosto de 2020; 2230 del 27 de noviembre de 2020; 222 de 25 de febrero de 2021; 738 de 26 de mayo de 2021; 1315 de 27 de agosto de 2021; 1913 de 25 de noviembre de 2021; 0304 de 23 de febrero de 2022 y, 0666 de 28 de abril de 2022, fue prorrogada la emergencia sanitaria, la cual irá, conforme a esta última, hasta el 30 de junio de 2022.*

VIGESIMO PRIMERO: *Que el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 491 de 28 de marzo de 2020, por el cual se adoptaron medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, disposición que tuvo control de constitucionalidad por medio de la sentencia C-242 del 9 de julio de 20203 .*

VIGESIMO SEGUNDO: *Que el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020, estableció que para garantizar la participación en los concursos, sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, se aplazarán en los procesos de selección las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas que se estén adelantando para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, debiéndose reanudar dichos procesos una vez superada la Emergencia Sanitaria.*

VIGESIMO TERCERO: *Que mediante la Resolución 666 de del 24 de abril de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó el protocolo general de bioseguridad para todas las actividades económicas, sociales y sectores de la administración pública, el cual está orientado a minimizar los factores que pueden generar la transmisión de la enfermedad y deberá ser implementado por los destinatarios de este acto administrativo en el ámbito de sus competencias*

VIGESIMO CUARTO: *Que mediante la circular externa 09 del 3 de julio de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), como autoridad en materia de carrera y órgano competente de regular la evaluación del desempeño laboral de los sistemas bajo su administración y vigilancia, expidió instrucciones relativas a la viabilidad de iniciar, evaluar y calificar el periodo de prueba, siempre y cuando se garantice el desarrollo, seguimiento y verificación de las actividades inherentes al empleo.*

VIGESIMO QUINTO: *Que atendiendo a las facultades infringidas en el numeral 11 del Art. 189 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 491 del 28 de Marzo de 2020, el Presidente de la República expidió el Decreto 1754 del 22 de Diciembre de 2020, “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria”.*

VIGESIMO SEXTO: *Que mediante Sentencia 2021-046664-00 del 3 Junio de 2022, radicado No. 11001-03-15-000-2021-04664-00, siendo el Magistrado Ponente JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS, **DECLARO LA NULIDAD** del Decreto 1754 del 22 de Diciembre de 2020, justificando que el legislador extraordinario dispuso una condición resolutoria respecto del aplazamiento de los concursos que estaba sujeta al levantamiento de la emergencia sanitaria, e impuso así límite que no admite margen de interpretación alguno y que no fue considerado al momento de expedirse el Decreto 1754 de 22 de Diciembre de 2020.*

VIGESIMO SEPTIMO: *Que de la misma forma mediante Auto Interlocutorio la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A, con radicado No. 110010332500020210022200 (1385), de fecha 6 de junio de 2022, Decretó la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria”, argumentando en esta sentencia que lo que hizo “el legislador extraordinario mediante el artículo 14 del Decreto del Decreto Legislativo 491 fue suspender los concursos en etapa de reclutamiento y aplicación de pruebas, así como el inicio de periodo de prueba,*

mientas estuviera vigente la emergencia sanitaria, pareciera claro que el Gobierno Nacional se extralimitó al disponer en el Decreto 1754 que reglamentaría dicho artículo para ordenar su reactivación sin que el Ministerio de Salud y Protección Social hubiera levantando la emergencia sanitaria. De esta forma se habrían transgredido los límites a los que debe someterse la potestad reglamentaria de la administración.

VIGESIMO OCTAVO: *Que la CNSC encontrándose aún vigente la emergencia sanitaria mediante Acuerdo No. 2081 el 21 de septiembre de 2021, convocó y estableció 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 personal del Instituto Colombiano de Bienes Familiar Proceso de Selección ICBF-2021*

VIGESIMO NOVENO: *No contentos con lo anterior y siguiendo con la vulneración de Derechos Fundamentales, el día 4 de Octubre de 2021, publicó a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad –SIMO, el reporte de la oferta pública de empleos de carrera – OPEC, para que toda la ciudadanía interesada pudiera consultarla y así conocer las especificaciones de los empleos que la entidad ofertó para luego el aspirante escoger el empleo que podía aplicar en cumplimiento de los requisitos exigidos para ello, se reitera que aún se encontraba vigente la emergencia sanitaria.*

TRIGESIMO: *Que así ha continuado todo el proceso de selección y a la fecha se encuentran en la etapa de valoración de antecedentes, teniendo en cuenta que mediante Sesión del 19 de julio de 2022, la Sala Plena de Comisión de la CNSC, decidió que esta etapa del proceso de selección No. 2149 del ICBF 2021, sería adelantada directamente por la Comisión Nacional.*

TRIGESIMO PRIMERO: *Que solicitamos por ello al Departamento Administrativo de la Función Pública, la intervención dentro de esta acción de tutela con el objeto que realice una valoración al manual de funciones y a la metodología de la CNSC para la realización del concurso así como de las pruebas de conocimientos, en razón a que su función misional corresponde apoyar a todas las entidades públicas en la realización de sus manuales e funciones, de la realización de perfiles de cargos de las entidades públicas.*

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

En primer lugar, Los artículos 86 de la Carta Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido, tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de justicia actuando como jueces constitucionales, han establecido que un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado.

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha todos los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que, para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efecto a e integral.

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de mérito, la altas cortes han sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en la Ley 1437 de 2011 para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: “en materia de concurso de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprado 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”.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO A LA DEFENSA, A LA PROTECCION ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DE ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, AL LIBRE ACCESO A CARGOS PUBLICOS, ASI COMO LOS PRINCIPIOS DEL MERITO, IGUALDAD EN EL INGRESO, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y SEGURIDAD JURIDICA**

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad.

Así las cosas, las corporaciones han entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquier de sus derechos fundamentales.

La corte Constitucional en Sentencia T-180/15 Magistrado Ponente JORVE IVAN PALACIO PALACIO, Se pronunció sobre la protección de la Acción de Tutela en Concurso de Méritos- Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable.

En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

La carrera administrativa cuyo origen constitucional se encuentra en el Art. 125 superior, es 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. En este sentido, la carrera administrativa funge como un principio y una garantía constitucional. Así pues, el concurso de méritos está dirigido a garantizar la selección objetiva del aspirante, según la evaluación y determinación de su capacidad e idoneidad para asumir las funciones a desempeñar, de manera que se impida la subjetividad o arbitrariedad del nominador o criterios contrarios a los principios y valores constitucionales.

Así, para establecer la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales, el juez debe valorar los supuestos fácticos de los casos en concreto, y examinará aspectos como:

- (i) si la utilización del medio de defensa judicial tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela;
- (ii) el tiempo que tarda en resolverse la controversia ante el juez natural;
- (iii) la vulneración del derecho fundamental durante el trámite;
- (iv) las circunstancias que impidieron que el accionante hubiese promovido los mecanismos judiciales ordinarios;
- (v) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, entre otras.

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 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 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”, EN AQUELLOS CASOS EN QUE EL MECANISMO ALTERNO NO ES LO SUFICIENTEMENTE IDÓNEO Y EFICAZ PARA LA PROTECCIÓN DE ESTOS DERECHOS.

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” (Negrillas del suscrito).

*Continuando con la misma línea en la **sentencia T 800 de 2011, la Honorable Corte Constitucional** al analizar la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos de asignación de puntajes en concursos de mérito, que igual podría ser de cualquier otro requisito, como el que nos ocupa en el presente, señaló:*

“AUN CUANDO PARA ESTE CASO HAY OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL SUSCEPTIBLE DE SER EJERCIDO ANTE LA JUSTICIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, LO CIERTO ES QUE NO PUEDE ASEGURARSE QUE SEA EFICAZ, PUES LA TERMINACIÓN DEL PROCESO PODRÍA DARSE CUANDO YA SE HAYA PUESTO FIN AL CONCURSO DE MÉRITOS, Y SEA DEMASIADO TARDE PARA RECLAMAR EN CASO DE QUE EL DEMANDANTE TUVIERA RAZÓN EN SUS QUEJAS. CIERTAMENTE, EL PETICIONARIO PODRÍA RECLAMAR ANTE EL JUEZ CONTENCIOSO LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO DE ASIGNACIÓN DE PUNTAJES QUE CUESTIONA COMO IRREGULAR, PERO INCLUSO SI SE LE CONCEDIERA ESTA DECISIÓN NO TENDRÍA LA VIRTUALIDAD DE RESTABLECER DE INMEDIATO LOS DERECHOS DEL ACCIONANTE Y, EN CAMBIO, PODRÍA DEJARLO EN UNA SITUACIÓN DE INDEFINICIÓN PERJUDICIAL EN EL TRÁMITE DE LAS ETAPAS SUBSIGUIENTES DEL CONCURSO”

En igual sentido, en la sentencia SU-913 de 2009 la Sala Plena de la Corte consideró 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 – administrativo-, 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”

De lo anterior se desprende que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo competente para resolver la controversia objeto de revisión si se tiene en cuenta que las pretensiones deprecadas están encaminadas a demostrar que existiendo la alternativa de acudir a los medios de control jurisdiccional en lo contencioso administrativo, por premura del caso exige acudir a la acción de tutela toda vez que las fases del concurso avanzan poniendo en evidente consumación la vulneración de los derechos fundamentales

En efecto, en el presente caso la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, recientemente ha venido avanzando en el proceso, contestando rápidamente las reclamaciones en un formato sin reparar en el fondo del asunto.

De otra parte, se cumple con el requisito señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, dado que lo dicho a lo largo de esta solicitud de amparo demuestra la flagrante violación de derechos fundamentales, por lo que en este caso la acción de tutela resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judicial.

*Retomando lo dicho por la Corte Constitucional en cuanto a la ineficacia de un medio de defensa ordinario por la supuesta posibilidad de acudir a la justicia ordinaria y allí pedir medidas cautelares, debe señalarse que en la práctica, y según lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, los mecanismos ordinarios en estos casos, tales como medios de control de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, **no son eficaces para conjurar de manera inmediata la violación de derechos fundamentales.***

Por lo anterior, en la sentencia C-284 de 2014 el alto tribunal constitucional manifestó que la Constitución les otorgó a los jueces de tutela una importante facultad para proteger derechos fundamentales de manera inmediata y a través de medidas que son más amplias que aquellas que tienen previstas las medidas cautelares, puesto que, en principio, no están sometidas a “reglas inflexibles” que limiten de alguna forma el estándar de protección que se puede otorgar.

La Corte Constitucional advirtió que los mecanismos previstos en la Ley 1437 de 2011 **no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales**, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

En suma, en este caso el requisito de subsidiariedad se cumple cabalmente y la acción de tutela procede de manera definitiva para estudiar la flagrante vulneración de los derechos fundamentales en atención a que la actuación de la parte tutelada resulta **realmente arbitraria, inconstitucional y vulneradora de los derechos fundamentales invocados** y la etapa del concurso permite tomar decisiones que amparen tales derechos en este momento, dado que aún no se han adelantado actuaciones que generen derechos de terceros.

Además de lo anterior, se cumple con lo dicho por la jurisprudencia constitucional en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, que ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.**

En el presente caso, **NO** existen mecanismos en sede administrativa para la protección de los derechos fundamentales invocados. Esto, ante la negativa de la CNSC en aceptar mis peticiones en **INFORMAR** cuáles fueron las razones para que la prueba escrita no se hiciera teniendo en cuenta el perfil académico de cada uno de los participantes y que las pruebas de conformidad con la normatividad que rige la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF se valoraran por otro operador diferente a la Universidad de Pamplona, con el fin de modificar mi puntuación obtenida en la prueba escrita, habida cuenta que tengo respuestas correctas que no se me tuvieron en cuenta como válidas y que además las respuestas que ellos tenían no eran ciertas y por ello inducían al error.

En efecto, como se dijo en el acápite de hechos, al advertir las flagrantes irregularidades que vulneran los derechos fundamentales acá invocados, se elevó la correspondiente reclamación de manera oportuna y las demás peticiones, advirtiendo las irregularidades que conducen a que se acceda a la misma pero la CNSC en una respuesta supremamente confusa en un juego de palabras técnicas, no ha querido aceptar que, en efecto, las irregularidades existieron en la prueba.

En desarrollo del proceso de selección referido, el día 22 de mayo de 2022 se aplicaron las pruebas escritas y posterior a esta jornada ha surgido **públicas manifestaciones que atentan contra los principios de transparencia, imparcialidad y confianza legítima que gobiernan este tipo de procesos.**

Pese a tan evidente prueba de las irregularidades, la CNSC se ha dedicado a dar respuesta a las reclamaciones con argumento totalmente **ILEGALES e INCONSTITUCIONALES**, en el sentido de que se ha actuado conforme a la normativa y ha habido la correspondiente auditoría del ICBF

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha dicho que, en el evento de presentarse, en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela para el afectado resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso. Así lo aceptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia AC-00698 del 28 de agosto de 2007 y lo han reiterado las Secciones Primera y Cuarta de dicha Corporación.

En segundo lugar: Con todo respeto Señor Juez, debemos analizar el **Principio de Inmediatez y Subsidiariedad** como requisito para la procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela fue instituida por la Constitución de 1991, como un mecanismo judicial subsidiario para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en ciertas circunstancias, en cuanto no tengan protección eficaz y oportuna en otra jurisdicción.

La Corte tiene establecido que, si bien puede ejercerse en cualquier tiempo, ello no significa que el amparo proceda con completa independencia de la demora en la presentación de la petición. Concretamente, ha sostenido que la tutela resulta improcedente cuando la demanda se interpone después de transcurrido un lapso irrazonablemente extenso, desde la fecha en que sucedieron los hechos o viene presentándose el hecho vulnerador que la parte accionante estima afecta sus derechos fundamentales.

En el caso concreto es evidente la procedencia e inmediatez, ya que, si bien existe otro medio de defensa judicial, este no es eficaz y además mientras que resultare el fallo de un proceso, se ocasiona un perjuicio irremediable ya que las restricciones contenidas en la guía de orientación entregada por la CNSC para revisar el cuadernillo de preguntas vulneran los derechos fundamentales de los participantes que optaron por la reclamación frente al puntaje obtenido en la prueba escrita.

*Con todo respeto Señor Juez, queda así demostrada la inmediatez como requisito para su procedencia, pues como lo señala la disposición del Art. 86 de la Constitución Política, la Acción de Tutela debe tener por objeto procurar “**la protección inmediata** de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o privada. Es decir, que, en vista de la gravedad de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de las personas, se ofrece una vía procesal cuya potencialidad es considerablemente superior a la de otros medios de defensa judicial, vía que la norma constitucional ha definido de manera sencilla y clara como protección eficaz, que justifica acudir al procedimiento preferente y sumario.*

Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela además de lo ya mencionado la jurisprudencia especialmente en la sentencia T-504 de 2008, procedió a recordar lo siguiente:

*1 **Legitimación activa.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.*

2

*3 **Legitimación pasiva.** De acuerdo con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares, entre otros, en el caso en que quien solicite el amparo se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se promueve la acción.*

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el alcance de la subordinación y la indefensión en los siguientes términos:

*“(…) [la subordinación] alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los **trabajadores respecto de sus patronos**, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate (…)”.*

Considero señor juez, que los accionados, irrespetaron los derechos fundamentales de los aspirantes a obtener un cargo público mediante el concurso de méritos.

Referente al perjuicio irremediable la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias ha señalado:

Sentencia T-318/17

Conforme a estos criterios, la Corte ha conceptualizado el perjuicio irremediable, así:

“(…) De acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben

requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.

Así mismo, este Tribunal, ha destacado que cuando se trata de esta hipótesis, el accionante deberá acreditar: “(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio – irremediable.

Ahora bien, en cuanto al segundo supuesto, que hace referencia a la idoneidad del mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que este “ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. La idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.”. Así, el juez constitucional deberá efectuar un análisis particular del caso concreto, pues en este podría percatarse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos fundamentales afectados.

En síntesis, la acción constitucional no puede desplazar al juez ordinario y solo subsidiariamente, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia, aquella puede invocarse para solicitar una protección transitoria, o una protección definitiva. Cuando se invoca el perjuicio irremediable, el peticionario debe acreditarlo o aportar mínimos elementos de juicio que le permitan al juez constitucional comprobar la existencia de este elemento.

ARGUMENTACION JURIDICA DE LAS PRETENSIONES COMO CONSECUENCIA DE LA VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS Y DE LOS CUALES SE SOLICITA SU PROTECCION.

VIOLACION AL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

DEFINICIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

El artículo 29 de la Constitución Política determina que el debido proceso debe regir todas las actuaciones adelantadas bien sea en procesos judiciales o en trámites administrativos. En armonía con ello, este derecho ha sido definido por la Corte Constitucional como el conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para proteger a una persona dentro del trámite de un procedimiento judicial o administrativo. En ese sentido, su propósito es efectivizar los derechos de los asociados, lo que se logra no solo con el respeto del contenido sustancial o material de aquellos sino también con el acatamiento de las condiciones formales que posibilitan su ejercicio.

Es preciso recordar que el núcleo esencial de un derecho fundamental alude a aquel ámbito de su contenido que resulta indispensable para la protección de los intereses jurídicos que busca satisfacer. Así las cosas, es plausible afirmar que, tratándose del debido proceso, ese contenido básico e irreductible se refiere al ejercicio del derecho de defensa a fin de que, luego de agotarse una serie de etapas con sujeción a unas reglas previamente establecidas y con respeto de las oportunidades consagradas en favor de quienes son parte dentro del respectivo procedimiento, se adopte una decisión definitiva, ya sea en una instancia judicial o administrativa.

VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO EN ESTE CASO.

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

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha señalado que este sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenida en los artículos 13 y 25 de la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientada para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.

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

*La Corte Constitucional en Sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de listas de elegibles, **enfaticando en que aquellas deben adelantarse con el apego al principio de la buena fe y los derechos a la igualdad y el debido proceso**, característica éste que dentro de esta convocatoria brilla por su ausencia al realizar una prueba escrita sin cumplir con las reglas de la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF, ya que como se ha manifestado en el acápite de hechos, el cuadernillo de preguntas no tenían relación ni con las funciones, ni con los ejes temáticos reportados por el ICBF.*

En este caso, las tuteladas violan el derecho fundamental al debido proceso al imponer unas restricciones para la revisión del cuadernillo de preguntas, las cuáles están por fuera de la normativa Colombiana y vulneran nuestra buena fe y el debido proceso.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN ESTE CASO

La Corte Constitucional ha explicado que la seguridad jurídica implica que “en la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”.

La seguridad jurídica es, la certeza del derecho que posee el individuo en la sociedad, la cual está garantizado por el Estado, a fin de que se aplique la normatividad que se encuentra vigente.

Este principio es como correlativo necesario de los principios de la confianza legítima y de la buena fe consagrado en el Art. 83 de la Constitución Política de Colombia, busca salvaguardar y no sancionar la conducta de quien actúa convencido que está amparado en normas y precedentes judiciales ciertos y vinculantes que regulan su conducta de terminada manera, y que por lo tanto no ofrecen duda o desconfianza para realizar la actividad que se propone, por ello cuando existen criterios divergentes al interior de una autoridad administrativa, corporación judicial o en la jurisprudencia aplicable no es posible encasillarse en uno de ellos y desconocer los otros, para alegar la confianza legítima y la seguridad jurídica.

La Corte ha dicho que si bien “la seguridad jurídica y la autonomía e independencia judiciales son principios fundantes de los Estados democráticos”, éstos no pueden “ser empleados para blindar decisiones exclusivamente basadas en el capricho, en la saliente negligencia o en la arbitrariedad de los jueces.” (Sentencia T-359 de 2003, ratificada en sentencia T-676, M.P. Jaime Araújo Rentería).

La seguridad jurídica tiene como finalidad promover el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad e incita al ciudadano a confiar en que su caso o pretensión será resulto o merecerá la misma respuesta que dio en casos anteriores e iguales.

Esa confianza se ve naturalmente disminuida, en este caso por la CNSC, al convocar mediante Acuerdo No. 2081 del 21 de Septiembre de 2021 el 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 ICBF, al encontrarse vigente la emergencia sanitaria, declarada por el Ministerio de la Salud y Protección Social mediante Resolución No. 666 del 24 de abril de 2020.

Es importante tener en cuenta que dentro de las facultades que le otorga la Constitución Política de Colombia al Presidente de la República se expidieron una serie de Decretos Legislativos por causa del coronavirus COVID-19, con el fin de adoptar medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas, tomando medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, como fue el Decreto 417 del 17 de Marzo de 2020.

Como una de las medidas se expidió el Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020, el cual en su Art. 14, dispuso el aplazamiento de los procesos de selección en curso. En su parte resolutive lo enunció así:

“(…) Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria. (negrilla y subrayado fuera de texto).

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el periodo que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el periodo de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.

Referente a la norma en cita, cabe resaltar que la Corte Constitucional en Sentencia C-242 de 2020, declaró la exequibilidad sin condicionamiento, con el fundamento de considerarlo proporcionado y razonable, teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales por las que atravesaba a nivel mundial y que también afectó económicamente y la salud de los habitantes de nuestro país.

Para ilustrar las razones jurídicas que dicha Corporación tuvo como fundamento para la exequibilidad del art. 14 del Decreto 491 de 2020, traigo a colación la Sentencia C-242 de 2020 cuyo análisis fue:

“(…) 6.263. Sobre el particular, la Corte evidencia que la suspensión de los procesos de selección contemplada en el artículo 14 afecta el derecho a ocupar cargos públicos y los principios de mérito como criterio de acceso al empleo público y de celeridad, establecidos en los artículos 40.7, 125 y 209 de la Constitución, puesto posterga en el tiempo los concursos al permitir que éstos no sean adelantados en los plazos establecidos en las convocatorias respectivas y sean interrumpidos mientras dure vigente la emergencia sanitaria.

6.264. Sin embargo, esta Sala constata que dicha afectación a los referidos principios superiores es proporcional en función de las circunstancias excepcionales que enfrenta el país con ocasión de la pandemia, porque la medida de suspensión de los procesos de selección:

(i) Persigue una finalidad legítima, en tanto que busca que las restricciones sanitarias adoptadas con ocasión de la pandemia no impidan que ciertas personas puedan participar en los concursos de méritos en desarrollo, así como evitar que se realicen pruebas masivas que deriven en escenarios de contagio.

(ii) Es adecuada para cumplir dicho objetivo, ya que, por medio del aplazamiento temporal de los concursos, se permite que las personas que no se encuentran en la posibilidad material de participar en los procesos de selección por su edad, condiciones de salud, posibilidades de acceso a medios tecnológicos o atender ciertas medidas sanitarias, no vean afectadas sus aspiraciones legítimas de ingresar al empleo público.

(iii) Es necesaria, toda vez que la suspensión de los concursos es la única acción razonable que asegura que, sin importar el impacto de las diversas medidas adoptadas para enfrentar el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19 que han implicado, por ejemplo, para algunas personas la imposibilidad de salir de sus residencias o de regresar del exterior, se presenten casos de negación de la oportunidad de acceder al empleo público.

(iv) Es proporcional en sentido estricto, en tanto que, si bien se restringe la celeridad de los trámites de selección y, con ello, el acceso al empleo público, lo cierto es que la suspensión de los procesos de selección es transitoria y finalizará una vez se supere la emergencia sanitaria.

Además, no afecta a los concursos en los que ya existan listas de elegibles en firme y, por ello, se hayan consolidado derechos de los aspirantes.

6.265. Sobre este último punto, la Corte advierte que la decisión de dar continuidad a los procesos en curso que se encuentran en su etapa final no reviste problemas de constitucionalidad, ya que al haberse adelantado las pruebas respectivas y encontrarse pendiente únicamente el nombramiento y posesión de las personas que ocuparon los primeros lugares en la convocatoria, se busca la concreción del principio de mérito teniendo en cuenta Control Inmediato de Legalidad: 2021-04664-00 41 que, al tratarse de actuaciones con individuos puntuales, es posible proseguir con las mismas sin generar escenarios masivos de contagio.

6.266. **En este sentido, se advierten razonables la autorización para que se realicen los nombramientos y posesiones por medios virtuales y, además, la estipulación de que el período de prueba sólo iniciará una vez se supere la emergencia sanitaria, pues son directrices que tienen en cuenta las limitaciones existentes para la prestación normal del servicio y reconocen que la calificación de un servidor en medio de las restricciones logísticas de la pandemia puede derivar en escenarios de arbitrariedad.**

(i) A pesar de que para algunas personas el posible retiro del cargo que ocupan en provisionalidad ante su provisión por concurso puede llegar a afectar su estabilidad económica en medio de la pandemia, lo cierto es que la naturaleza de su vinculación provisional lleva implícita dicha eventualidad y, por ende, no puede alegarse como una circunstancia imprevisible que exigiera por parte del legislador un trato preferencial.

(ii) La disposición de no suspender los procesos de selección en los que existan listas en firme, incluso en el sector salud, no tiene el potencial de afectar la prestación del servicio, porque, en principio, las personas que superan las distintas etapas de las convocatorias han demostrado su idoneidad laboral para ocupar los cargos respectivos.

(iii) **Si bien, como lo propone la Comisión Nacional del Servicio Civil, podrían organizarse pruebas o exámenes individuales o virtuales que no impliquen el contacto social, lo cierto es que con ocasión de la pandemia se han implementado medidas sanitarias locales y nacionales que pueden, en ciertos casos, impedir que las personas agoten las etapas del proceso de selección bajo tales condiciones, máxime cuando es un hecho notorio que no todos los individuos tienen acceso a los medios tecnológicos o pueden utilizarlos con destreza, por lo que la Corte no estima que, a pesar de que ello pueda ser conveniente, sea inconstitucional la omisión de otorgarle la facultad a dicha entidad para adelantar algunas fases de las convocatorias (...)**” (Destaca la Sala).

Señor Juez, nótese que la Emergencia Sanitaria, fue prorrogada por el Ministerio de la Salud y la Protección Social mediante los actos administrativos señalados en hecho No. 22, hasta el 30 de junio de 2022.

Respetuosamente del Señor Juez, es importante detenerme en este punto, para señalar que resulta claro que a la fecha en que se expidió el Acuerdo 2081 del 21 de Septiembre de 2021 por la CNSC, en la cual convocó a concurso de méritos los empleos reportados por el ICBF, continuaba vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, lo que no sólo contraría la finalidad del Decreto 491 de 2020, cual fue adoptar medidas sanitarias para enfrentar el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19, así como disponer de una condición resolutoria respecto del aplazamiento de los concursos que estaba sujeta al levantamiento de la emergencia sanitaria; sin embargo la misma fue quebrantada por la CNSC y el ICBF al desarrollar y ejecutar la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF.

Bien, lo señala el Consejo de Estado en Sentencia de fecha 3 de Junio de 2022, con radicado 2021-04664-0, que el Decreto 1754 de 2020, habilitaba a la CNSC y entidades responsables adelantar los procesos de selección; sin embargo es de anotar que esta norma tenía una característica no era obligatoria y dentro de la misma dichas entidades debieron hacer el análisis y apartarse de su cumplimiento, teniendo con fundamento que la emergencia sanitaria se encontraba vigente y que además la finalidad de toda la legislación expedida para esa época era prevenir el riesgo del contagio.

Por otro lado, los ciudadanos quienes participaron se vieron obligados aceptar las reglas de la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF o de lo contrario no eran admitidos, a pesar que la misma fue publicada en el segundo pico de la pandemia donde la tasa de mortalidad crecía cada vez más según la Organización Mundial de la Salud - OMS, precisamente porque las medidas dictadas por el Gobierno Nacional no eran respetadas y esto fue lo que hizo la CNSC al convocar a un concurso de méritos y olvidó la finalidad del Decreto 491 de 2020 y Resolución 666 de del 24 de abril de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Las normas en citas, establecieron medidas para prevenir la pandemia del COROVIRUS – COVID 19, por ello las entidades responsables del Concurso reitero antes de publicar la convocatoria del ICBF, no hicieron un análisis juicioso del Decreto 1754 de 2020, pues si lo hubiera hecho con fundamento en la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia si hubieran apartado de la misma, pues el Gobierno Nacional al expedir esta norma, desconoció el alcance de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 491 de 2020, norma de rango superior.

El CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA DIECISIETE DE DECISIÓN Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022) Proceso número: 11001-03-15-000-2021-04664-0, se pronunció frente al tema en los siguientes términos:

“EN LO QUE TIENE QUE VER CON LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA, LA SALA CONSIDERA QUE LA DECISIÓN DE REANUDAR LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PARA PROVEER LOS EMPLEOS DE CARRERA DEL RÉGIMEN GENERAL, ESPECIAL Y ESPECÍFICO, ASÍ COMO DE LOS PERIODOS DE PRUEBA EN VIGENCIA DE LA EMERGENCIA SANITARIA, NO ES UN MEDIO IDÓNEO PARA ASEGURAR EL PRINCIPIO DEL MÉRITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA, ASÍ COMO SALVAGUARDAR EL DERECHO A LA SALUD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y/O CIUDADANOS QUE SE ENCUENTREN EN ALGUNA DE LAS ETAPAS DE ESTOS PROCESOS.

LO ANTERIOR, COMOQUIERA QUE, AUNQUE DICHOS FINES SON CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMOS, SEGÚN SE EXPLICÓ EN PRECEDENCIA, LA MEDIDA DESCONOCE ABIERTAMENTE LA RESTRICCIÓN IMPUESTA POR EL LEGISLADOR EXTRAORDINARIO DE QUE DICHOS PROCESOS DE SELECCIÓN QUEDARAN APLAZADOS CON OCASIÓN DE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA DEL COVID19, Y SÓLO SE REANUDARÁN UNA VEZ FUERE SUPERADA LA EMERGENCIA SANITARIA DICTADA POR EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. COMO EL ACTO SUJETO A CONTROL DISPUSO LA POSIBILIDAD DE DAR CURSO A ESTOS TRÁMITES AUN ESTANDO EN

VIGENCIA LA EMERGENCIA SANITARIA, RESULTA PALMARIO QUE NO ES APROPIADA PARA LOGRAR EL FIN PERSEGUIDO. AL PUNTO, CONVIENE RECORDAR QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA C-242 DE 202054, CONSIDERÓ QUE, SI BIEN LA SUSPENSIÓN DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 14 DEL DECRETO LEGISLATIVO 491 DE 2020, “AFECTA EL DERECHO A OCUPAR CARGOS PÚBLICOS Y LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO COMO CRITERIO DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y DE CELERIDAD, ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 40.7, 125 Y 209 DE LA CONSTITUCIÓN, PUESTO QUE POSTERGA EN EL TIEMPO LOS CONCURSOS AL PERMITIR QUE ÉSTOS NO SEAN ADELANTADOS EN LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN LAS CONVOCATORIAS RESPECTIVAS Y SEAN INTERRUMPIDOS MIENTRAS DURE VIGENTE LA EMERGENCIA SANITARIA”, LO CIERTO ES QUE, A SU JUICIO, DICHA AFECTACIÓN “ES PROPORCIONAL EN FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES QUE ENFRENTA EL PAÍS CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA”, PUES PERSIGUE UNA FINALIDAD LEGÍTIMA, EN TANTO PRETENDE QUE LAS RESTRICCIONES SANITARIAS ADOPTADAS CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA NO IMPIDAN QUE CIERTAS PERSONAS PUEDAN PARTICIPAR EN LOS CONCURSOS DE MÉRITOS EN DESARROLLO, ASÍ COMO EVITAR QUE SE REALICEN PRUEBAS MASIVAS QUE DERIVEN EN ESCENARIOS DE CONTAGIO.

(...)

BAJO TAL PERSPECTIVA, LA SALA DECLARARÁ LA NULIDAD DEL DECRETO 1754 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2020 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL DECRETO LEGISLATIVO 491 DEL 28 DE MARZO DE 2020, EN LO RELACIONADO CON LA REACTIVACIÓN DE LAS ETAPAS DE RECLUTAMIENTO, APLICACIÓN DE PRUEBAS Y PERIODO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PARA PROVEER LOS EMPLEOS DE CARRERA DEL RÉGIMEN GENERAL, ESPECIAL Y ESPECÍFICO, EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA”, PROFERIDO POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CON LA FIRMA DEL MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE

LA FUNCIÓN PÚBLICA, TRAS CONSIDERAR QUE NO RESULTA CONSONANTE CON LAS DISPOSICIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO 491 DE 2020 Y TAMPOCO ES IDÓNEO, NECESARIO Y PROPORCIONAL CON LAS MEDIDAS QUE SE PRETENDEN ADOPTAR

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA

La estabilidad laboral reforzada ha sido un tema traído por la jurisprudencia, con el fin de dar cumplimiento a los fines esenciales de nuestra Constitución Política establecido en su Art. 1, por ello la Corte Constitucional se ha dedicado en sendas jurisprudencias a reconocer y garantizar ese derecho de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa y que son sujetos de especial protección constitucional, como lo son madres y padres cabeza de familia, personas que están en situación de discapacidad, prepensionados y en debilidad manifiesta por razones de salud.

*No estoy en contra del mérito, por ello reconozco que los empleados en provisionalidad y que tenemos situaciones especiales, no estamos sujetos a quedarnos a perpetuidad en los cargos, pues debemos concursar para aspirar a un cargo de carrera administrativa; **sin embargo, de conformidad con el Art. 2.13, 46 y 47 de la Constitución Política de Colombia, se nos debe propiciar un trato preferencial como medida de acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de mérito, con el fin de garantizar los derechos fundamentales.***

*La Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales y la estabilidad laboral reforzada de que gozan los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad y que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, para ello me remito a la **Sentencia SU-446 de 2011**, que al respecto expresó:*

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación⁸, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación⁹. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del Artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negrillas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de

aquellas personas que están en condiciones especiales, deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

(i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y

(ii) La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010.

Respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial por el nombramiento en periodo de prueba de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

"... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

La Ley 082 de 1993 señala en su artículo 2, que la es Mujer Cabeza de Familia quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo afectiva, económica o socialmente en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Por lo anterior, la condición de madre o padre cabeza de familia se reconocerá a aquel que asume en forma exclusiva y sin apoyo alguno la responsabilidad del hogar, aunado a ello la ausencia en asumir la responsabilidad del otro padre debe obedecer a factores de fuerza mayor que no son predicables a la mera ausencia de este, como tampoco a un reducido aporte o cumplimiento en los demás deberes que le atañen en su condición. Esta persona deberá declarar ante un notario expresando las particularidades de su caso que justifican tal condición.

Igualmente, el Artículo 263 de la Ley 1955 de 2019, ha señalado que los servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familiar entre otros, que deban ser desvinculados como consecuencia de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los último en ser retirados.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia T-186 de 2013, ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, "concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento

de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

En este caso, las tuteladas violan el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada a las madres cabezas de familia porque a la fecha no ha establecido las acciones afirmativas para la protección de esta población que goza de un fuero especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento las pretensiones de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y los Decretos 2591 de 1991, respecto de casos similares, la Honorable Corte Constitucional ha establecido jurisprudencialmente lo siguiente:

CONSIDERACIONES PARTICULARES

Señor Juez, reconozco que aunque existen otras vías judiciales para ventilar el motivo del reconocimiento del derecho a ocupar un cargo público a través del concurso de mérito, como lo constituye la **JUSTICIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**, considero que nuestros derechos fundamentales se están viendo gravemente **VULNERADOS** y además ocasionando un **PERJUICIO IRREMEDIABLE** con la restricciones que indica la CNSC en la guía de orientación para revisar el cuadernillo de preguntas entregada en la Convocatoria 2021 ICBF.

Por tanto, acudo a su sabiduría y administración de justicia, como juez constitucional para que por medio de la presente acción de tutela ampare y garantice los derechos fundamentales señalados en esta misiva, y en su defecto se decrete la medida cautelar que a continuación se solicita así:

PRETENSIONES

Con fundamento en lo expuesto, se suplica al Juez de tutela AMPARAR mis derechos fundamentales **AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, DERECHO A LA DEFENSA, A LA PROTECCION ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DE ACCESO A LA PROMOCIÓN DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, AL LIBRE ACCESO A CARGOS PUBLICOS, ASI COMO LOS PRINCIPIOS DEL MERITO, IGUALDAD EN EL INGRESO, TRANSPARENCIA, IMPARCIALIDAD, CONFIANZA LEGITIMA y SEGURIDAD JURIDICA** En consecuencia se solicita.

PRIMERO: Que se **DECLARE NULO** todo lo actuando en la Convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF, el Acuerdo No. 2081 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 perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombia de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF-2021, el Anexo Acuerdo No. CNSC-20212020020816 de 2021 por el cual se establecen las especificaciones técnicas de las diferentes etapas del “proceso de selección ICBF 2021” y demás normas que reglamentan la Convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF.

SEGUNDO: Que se retire el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 7 de la Convocatoria No. 2144 de 2021 – ICBF para la cual fui admitida dentro del concurso de méritos.

TERCERO: De no prosperar la pretensión número uno y dos como pretensión subsidiariaS de la presente Acción se ordene:

A) SUSPENDER la Convocatoria No. 2149 de 2021, por la vulneración al debido proceso, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fé, situaciones fácticas que no se tuvieron en cuenta al convocar y establecer las reglas del proceso de selección mediante Acuerdo No. 2081 del 21 de Septiembre de 2021, encontrándose aún vigente la emergencia sanitaria declarada mediante Resolución 666 de del 24 de abril de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social.

B) Que en aras de la protección laboral reforzada a las Madres Cabeza de Familia, se ordene al ICBF, PREVER mecanismos para garantizar que las personas en condición de protección especial como madres, padres cabeza de familia, discapacitados, mujeres embarazadas prepensionados, personas en condición de debilidad manifiesta por razones de salud y con enfoque diferencial fueran las últimas en ser desvinculadas y si sucede esta situación administrativa, sean vinculadas nuevamente de forma provisional en cargos vacantes de igual o similar al que estaba ocupando o bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios.

MEDIDA CAUTELAR: Solicitamos como parte de las pretensiones la medida cautelar donde se ordena la suspensión de la convocatoria 2149 del ICBF, hasta tanto:

- *Se ordene a la CNSC y a la Universidad de Pamplona para que se permita copia del cuadernillo de preguntas, del cuadernillo de respuestas para que bajo la esfera del debido proceso debido proceso y derecho de defensa y contradicción derechos fundamentales para que se nos permita objetar técnicamente las preguntas realizada en la prueba de conocimientos y realizar las objeciones precisas y concretas con fundamentos técnicos, teniendo en cuenta para ello el antecedente jurisprudencial CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA - Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04665-01(AC), Actor: DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO - Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN B, donde el honorable consejo de estado confirió el amparo tutelar al señor DANIEL HERNÁN FAJARDO RESTREPO en el cual el ICFES tuvo que entregar el cuadernillo de preguntas, el cuadernillo de respuestas e incluso la metodología utilizadas en el planteamiento de las preguntas realizadas en las pruebas SABER PRO, las cuales al igual que lo establece la ley 909 de 2004 tenían su reserva legal sobre los cuadernillos de preguntas, pues así lo dispuso el Art 20 de la Ley 1324 de 2009 y la Resolución 135 de 2017 del ICFES, que establecieron: “ la cual se reglamenta el proceso de inscripción del Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior y se dictan otras disposiciones, se establece lo siguiente:*

Artículo 20. Reserva del material empleado en el examen. El material empleado en los exámenes es de propiedad del Icfes y su contenido tiene carácter reservado. Se exceptúan los casos de liberación de cuadernillos que haga la entidad.

Al concluir la aplicación, el examinado deberá devolver a las autoridades del Icfes la totalidad del material utilizado en el examen, so pena de las consecuencias administrativas, disciplinarias y penales que hubiere lugar.

Por lo anterior no es posible acceder a la petición de envío o acceso a material de evaluación [...]”. Las negrillas son mías.

Bajo esa circunstancia el Honorable Consejo de Estado determino:

“Cabe recordar que la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto a la reserva legal de las pruebas utilizadas en los procesos de concursos de méritos, al resolver acciones de tutela, ha sostenido que ella solo resulta procedente frente a los terceros no intervinientes directamente en el asunto, pues la negativa de hacerlo en relación con el participante en el proceso de selección afecta sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción²⁵, así como el derecho de acceder a los documentos públicos, por lo cual los concursantes tienen acceso a su propia prueba, pero no a la de los demás aspirantes²⁶, posición constitucional que comparte la Sala, pues garantiza la tutela judicial efectiva de cara a los derechos al debido proceso y de defensa.

Es por lo anterior, que para esta Sala es posible aplicar, en el caso que nos ocupa, el criterio jurisprudencial consistente en el levantamiento de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a su prueba de conocimientos, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los que goza el acto””.

Como lo indica acertadamente el consejo de estado negar la prueba reina (prueba o examen de conocimientos) que es su propio examen al concursante es atentatorio al debido proceso derecho de defensa, no permite hacer una reclamación objetiva y sobre todos los puntos a cuestionar, es una medida draconiana y obsoleta que no se permita dicha prueba ni siquiera por su propio concursante, ello afecta desde el inicio las etapas de reclamaciones, las cuales fueron resultas sin tener dicho insumo completo, entonces sobre qué base se reclama?.

- *Se de aplicación a la amplia jurisprudencia constitucional sobre la protección especial de personas que son provisionales de la entidad y que les aplique la estabilidad laboral reforzada por discapacidad y madres cabeza de familia con patologías sensibles como cáncer, nefrosis, hijos interdictos, hijos con parálisis cerebral entre otras patologías, padres dependientes de sus hijos con enfermedades catastróficas, personas en condición de pre pensionados, para que sean excluidos sus cargos de la convocatoria 2149 o en su defecto se suspenda hasta la aplicación de las sentencias de grupo este especial sobre el cual el ICBF no respeto la jurisprudencia constitucional SU-446 de 2011, sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003), sentencia SU-917 de 2010, sentencia C-901 de 2008, sentencia C-588 de 2009,*

sentencia T-595 de 2016, sobre ellos indicamos:

“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” (Artículo declarado exequible por las sentencias C-174 de 2004, C-044 de 2004 y C-1039 de 2003).

Con fundamento en lo expuesto, para el caso objeto de consulta, esta Dirección Jurídica considera que la persona que tiene la calidad de madre cabeza de familia sin alternativa económica no podrá ser retirado del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.

El Decreto 1083 de 2015 respecto al retiro de los provisionales, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

La Corte Constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un empleado ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”.

Si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Lo anterior en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la Constitución Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP).

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los empleados que ocupan cargos de

carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, la Corte Constitucional hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negritas originales).

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condiciones especiales, deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos:

· La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y

· La motivación del acto administrativo de desvinculación.

Para la Corte Constitucional, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, las personas con una situación especial han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.

Respecto al retiro de los empleados provisionales que se encuentran en una situación especial por el nombramiento en periodo de prueba de prueba de quien ha ocupado el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-901 de 2008, señaló:

“... respecto de personas que se consideran sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, ni la situación que afrontan las personas discapacitadas, en un mercado laboral que usualmente les es hostil y donde no es fácil procurar un trabajo, situación suele agravarse cuando las personas con discapacidad se acercan al momento en que adquieren el derecho a la pensión, por su misma condición y por la edad, amén de factores de índole económica.

Esta situación pone sobre el tapete la necesidad de ponderar las circunstancias de tales sujetos y del respeto que se debe a su dignidad como seres humanos, frente al mérito privilegiado por la Constitución Política, y defendido por esta Corporación como factor de acceso al servicio público al declarar la inconstitucionalidad o tutelar los derechos de quienes ven limitados sus derechos por razones ajenas a la superación de las diferentes pruebas del concurso y relacionados con circunstancias particulares de los participantes, extrañas al mérito y vinculadas con fórmulas como, el lugar de origen o de prestación del servicio, la experiencia antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio cargo para el que se concursa, el ingreso automático a la carrera o los concursos cerrados para ingreso o ascenso, reconocer a las pruebas de conocimientos generales o específicas -en este caso a la Prueba Básica general de preselección- un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, la estructuración de la lista de elegibles y el nombramiento respectivo en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso.

En el caso de las personas con discapacidad es evidente que nada se opone a que se sometan a un concurso público y abierto donde pueden en igualdad de condiciones demostrar su capacidad y mérito al igual que cualquier otro participante aspecto respecto del cual no pueden considerarse diferentes por su sola condición de discapacidad". (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que un empleado provisional padezca una condición especial y no supere las pruebas para proveer el empleo que desempeña, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de mérito que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad por cuanto, la Corte Constitucional refiere que tal discapacidad no exime al empleado para demostrar sus capacidades en igualdad de condiciones.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia SU- 446 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sobre el retiro de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los pre pensionados por concurso, refirió:

"En razón de la naturaleza global de la planta de personal de la Fiscalía, tal como la definió el legislador, y el carácter provisional de la vinculación que ostentaban quienes hacen parte de este grupo de accionantes, la Sala considera que el Fiscal General gozaba de discrecionalidad para determinar los cargos que serían provistos por quienes superaron el concurso; por tanto, no se podía afirmar la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso de estos servidores, al no haberse previsto por parte de la entidad, unos criterios para determinar qué cargos serían los que expresamente se ocuparían con la lista de elegibles.

La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: "... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados"

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si

bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

[...]

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.” (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con la norma y jurisprudencia anterior, le corresponde a la administración permitir en la medida de sus posibilidades que las personas que sean madres y padres cabeza de familia; que estaban próximas a pensionarse y las personas en situación de discapacidad sean reubicadas donde puedan conservar y progresar en el empleo.

Lo anterior, en consonancia con la sentencia T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, en la que analizó la estabilidad laboral reforzada en caso de que la desvinculación sea consecuencia de la aplicación de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, en la cual señaló que: “(...) En aquellos eventos en los que la Administración no posea margen de maniobra, debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales (...) con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...) Ello, naturalmente, sin perjuicio de la asignación de los cargos cuando se adelantan los correspondientes concursos de méritos.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Respecto del orden para la provisión de empleos de carrera, el Decreto 1083 de 2015 prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

(...)

PARÁGRAFO 2. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.*

PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

PARÁGRAFO 4. La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

De acuerdo con lo previsto en la norma, se tiene que, en el caso que la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor o igual al de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta, entre otros, a quienes tienen la condición de padre o madre cabeza de familia, para que en lo posible estos servidores sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

De acuerdo con lo expuesto, y atendiendo puntualmente su consulta, le indico que efectuando una revisión de las normas y jurisprudencia que regulan la materia, se tiene que el empleado provisional que sean madres cabeza de familia, deberá ceder la plaza a quien ocupe el primer lugar en el concurso de méritos que se adelantó para proveer el empleo que ocupa en provisionalidad, ya que su situación no lo exime de demostrar su capacidad y mérito en igualdad de condiciones y el mérito debe ser el factor que determine el ingreso o la permanencia en el sector público.

Con todo, en el evento que la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor o igual al de aspirantes al de empleos de carrera ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en periodo de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta, entre otros, a quienes tienen la condición de madres cabeza de familia, para que, en lo posible, estos servidores sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo, dicho análisis y decisión es propio de la respectiva entidad u organismo público".

PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de los derechos fundamentales solicito sea tenidos en cuenta las siguientes pruebas y las que su señoría de oficio considere pertinentes.

- 1. Acuerdo No. 2081 del 21 de septiembre de 2021, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC*
- 2. Anexo Acuerdo No. CNSC-20212020020816 de 2021.*
- 3. Guía de Orientación al Aspirante para acceso a pruebas funcionales y comportamentales.*
- 4. Reclamación ante los resultados definitivos de la prueba de competencias básicas u organizacionales.*
- 5. Copia de la Inscripción a la Convocatoria No. 2149 – 2021 ICBF publicada en el SIMO*
- 6. Copia de la Respuesta por parte de la CNSC a la ampliación a la reclamación.*
- 7. Copia de la Declaración Juramentada donde se acredita mi condición de madre cabeza de familia.*
- 8. Sentencias de fecha 3 de junio de 2022, proferida por el Consejo de Estado con radicado 2021-046664-00, por medio del cual se declara nulo el Decreto 1754 de diciembre 22 de 2020.*
- 9. Copia Auto Interlocutorio de fecha 6 de junio de 2022 con radicado O-030-2022, proferido por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo.*
- 10. Copia de la Respuesta de fecha 3 de agosto de 2022 al Derecho de Petición Proceso de Selección No. 2149 – ICBF-2021, suscrita por el Asesor Procesos de Selección EDWIN ARTURO RUIZ MORENO de la CNSC.*

COMPETENCIA

Es usted, Señor Juez competente para conocer de este asunto por su naturaleza y el lugar de ocurrencia de los hechos que motivan la presente acción al haber sido violentados, de acuerdo con el Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

JURAMENTO

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 Bajo la gravedad de juramento manifiesto no haber tutelado por los mismos hechos ni las mismas pretensiones ante otra autoridad judicial.

ANEXOS

Copia la presente acción de tutela para los traslados y el archivo del Juzgado, y los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

NOTIFICACIONES

- A la accionante: Correo electrónico mendozanelgys@hotmail.com , celular 3185215249
- A los accionados:

Comisión Nacional del Servicio Civil: Correo electrónico notificacionesjudiciales@cns.gov.co

Universidad de Pamplona: Correos electrónicos notificacionesjudiciales@unipamplona.edu.co

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, correo electrónico Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO

NELGYS MENDOZA DE LEON
C.C. 49695446