



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Fallo: 170
Proceso: TUTELA 2022-363-00
Demandante: CLAUDIA ESTHER DEL PILAR SILVA Y OTROS
Demandados: Comisión Nacional de Servicio Civil –CNSC-, Universidad de Pamplona e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.
Tema: Debido Proceso.

TUTELAS ACUMULADAS No: 2022-00363, 2022-00364, 2022-00367, 2022-00368, 2022-00369, 2022-00370, 2022-00371, 2022-00372, 2022-00373, 2022-00374, 2022-00375, 2022-00376, 2022-00377, 2022-00380, 2022-00382, 2022-00383, 2022-00384 y 2022-00388.

JUZGADO TERCERO DE FAMILIA

Bucaramanga, agosto veintitrés de dos mil veintidós

Decide el Despacho las acciones de tutela interpuestas por los señores CLAUDIA ESTHER DEL PILAR SILVA, VIVIANA ISABEK CUELLO OÑATE, DIANA CAROLINA ROJAS MAYORGA, SANDRA MILENA MORANTES APONTE, MARIA CRISTINA TOBON SIERRA, IRANIA PATRICIA ACUÑA MEDINA, HORTENCIA RAQUEL CANO CHARRIS, RUTH OLARTE VELANDIA, JOSEFINA CALA LEON, JHON JAIRO ZORRILLA LOPEZ, CLAUDIA MARCELA SOCHA PEDRAZA, KARINA ARCINIEGAS TOLOZA, LEIDY JOHANA PARRA CARRANZA, JENY ANDREA TRIANA ALONSO, ELIZABETH BUENDIA MANJARRES, SIGIFREDO DE LUQUE FUENTES, SAMARA YANES LABARCES y ANA JUSTINA RENTERIA RIVAS, en contra de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al Debido Proceso, a la Igualdad, Derecho de Defensa, Estabilidad Laboral Reforzada, Trabajo Digno, Promoción dentro de la Carrera Administrativa, Acceso a Cargos Públicos entre otros.

Atendiendo los hechos expuestos se ordenó vincular por el extremo pasivo al Departamento Administrativo de la función pública.

HECHOS COINCIDENTES EN LAS DISTINTAS ACCIONES DE TUTELA ACUMULADAS:

1. Varios de los accionantes señalan que están vinculados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en adelante ICBF en los cargos allí indicados en condición de provisionalidad y otros aducen que antes de dicho nombramiento se venían desempeñando como contratistas con la misma entidad. Que la Comisión Nacional del Servicio Civil en adelante CNSC en acuerdo suscrito con el ICBF abrieron la convocatoria No. 2149 de 2021 en la modalidad de ascenso y abierto para proveer los cargos vacantes cuya inscripción se efectuó del 11 al 24 de octubre del año pasado, relacionan allí los cargos ofertados en cada una de las modalidades, con el número de vacantes respectivas en cada uno de los niveles jerárquicos.
2. Se indica que cada uno de ellos se inscribió para participar en la convocatoria



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

aspirando al cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 7, diferente OPEC atendiendo el que título profesional ostentan siendo algunos de ellos Trabajadores sociales, Nutricionista dietista y Psicólogos, que al cumplir con los requisitos mínimos los que fueron verificados por la CNSC fueron admitidos y citados para presentar las pruebas de conocimiento el día 22 de mayo de 2022 siguiendo con los términos establecidos en el Acuerdo No. 2081 de 2021 el cual rige la convocatoria comentada.

3. Que en el mencionado acuerdo se dispuso que luego de presentadas las pruebas de conocimiento, los aspirantes contaban con un término de 5 días siguientes para elevar la reclamación respectiva en la plataforma SIMO, frente a los resultados de la prueba escrita, señalan que dentro del referido termino procedieron a elevar los reparos correspondientes.
4. Señalan que en respuesta a las reclamaciones efectuadas, la CNSC los citó para el día 17 de julio de 2022 a efectos de que pudieran tener acceso al material de las pruebas escritas, funcionales y comportamentales del proceso de selección, recomendando además, leer previamente la Guía de Orientación al Aspirante para el acceso a las pruebas publicado en la página de entidad, debiendo cumplir las instrucciones allí establecidas, resaltan que en uno de sus apartes de la guía se hace énfasis sobre la reserva y confidencialidad de las pruebas escritas en la que se advierte que no está autorizado que el material sea fotocopiado, fotografiado, escaneado u otro similar en aras de conservar la reserva del mismo.
5. Indican que pese a que solicitaron el cuadernillo con el fin de tenerlo como prueba para controvertir las preguntas realizadas en las pruebas escritas, este no fue suministrado por la CNSC ni la Universidad de Pamplona, consideran que con el actuar de las accionadas se desconoce lo sentenciado por el Consejo de Estado en los radicados 2012-00233-01 y 2012-00491-01 en los cuales se ampararon los derechos de acceso a los documentos públicos y defensa, disponiendo allí que se pusiera en conocimiento de los demandantes las preguntas y respuestas, para que presentaran sus reclamaciones en debida forma.
6. Sostienen que una vez efectuada la revisión el 17 de Julio de 2022 encontraron serias inconsistencias en el planteamiento de las 120 preguntas realizadas en las pruebas de conocimiento, a lo cual presentaron ampliación a la reclamación el día 19 de julio de 2022 estando dentro de la fecha establecida para hacerlo. Indican que dentro de los puntos de la reclamaciones cuestionaron el hecho de no haberse tenido en cuenta el título académico que exigía cada empleo reportada en la convocatoria, que dado que para el cargo de Profesional Universitario Código 2044 habían diferentes aspirantes en niveles académicos como Psicólogos, trabajadores sociales nutricionistas, antropólogos, la prueba escrita se hizo sin tener en cuenta dichos criterios diferenciales, aseguran que las preguntas no estaban planteadas conforme al manual de funciones y competencia laboral menos a los ejes temáticos reportados por el ICBF, que muchas de las respuestas planteadas por la universidad de Pamplona carecían de sustento jurídico, en general refieren que varias de las preguntas formuladas no están relacionadas con el eje funcional de la OPEC el cual no corresponde al manual de funciones específicos de cada cargo. Que las reclamaciones presentadas no fueron



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

atendidas por la CNSC, sino hasta el día 29 de julio de 2022 día en el que se terminó el contrato entre la CNSC y la Universidad de Pamplona, emitiendo una respuesta conjunta, única y masiva sin abordar de fondo sus inquietudes en el escrito de ampliación a la reclamación.

7. Indican que radicaron derechos de petición tanto a la CNSC, la Universidad de Pamplona y al ICBF al considerar que se continua con la vulneración de sus derechos fundamentales. En contestación a los derechos de petición, la CNSC abordó cada uno de los interrogantes planteados, informando que se estaba aplicando un nuevo modelo de evaluación de competencias laborales, modelo que a su sentir no tiene en cuenta el objeto misional del ICBF, ni su nomograma de grupos interdisciplinarios donde cada profesional tiene descrito su rol operacional, lo que implica que en caso de que uno de los profesionales falte al servicio, sea reemplazado por otro profesional. Consideran que se desprecia la especificidad de roles y estudios que se requieren en el manual de funciones de la entidad y en los grupos interdisciplinarios del ICBF, ya que la especificidad del cargo permite realizar la división del trabajo y el desempeño de roles específicos, que en anteriores convocatorias se aplicó este modelo y no hubo inconveniente.
8. Reiteran que en la prueba se realizaron preguntas que no tienen nada que ver con sus funciones o con los ejes temáticos, pues pese a ser trabajadores misionales, no administrativos o de apoyo a la gestión, lo que conllevó a hacer preguntas de contratación que nada tienen que ver con sus funciones pues no son ordenadores de gasto o administrativos. Resaltan que la prueba apuntaba a ser más una de pregrado que de una convocatoria de méritos que debía ser soportada por un manual de funciones atinentes al objeto misional de la entidad (Ley de Infancia y Adolescencia), sobre resoluciones internas de grupos de trabajo y también incluir en los ejes temáticos como Intervención, Protección y Adopciones de los cuales nada se tuvo en cuenta, siendo desfasada la misma de la realidad del ICBF.
9. Algunos de los accionantes señalan que son madres y padres cabeza de familia, teniendo a cargo a sus hijos y a sus padres, e incluso una de las accionantes señora JENY ANDREA TRIANA ALONSO se encuentra en estado de gestación, aseguran que el ICBF tiene conocimiento de la situación especial de cada uno de ellos, pues las mismas reposan en el historial laboral. Aseguran que la Constitución Nacional establece que las entidades del Estado deben otorgar un trato preferencial y adoptar medidas de protección a favor de los grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta.
10. Que la Organización Mundial de la Salud OMS identificó el nuevo Coronavirus COVID-19, declarando el brote de enfermedad como una pandemia el 11 de marzo de 2020. Que mediante Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declaró el estado de emergencia hasta el 30 de mayo de 2022 adoptando medidas para controlar la propagación del virus y mitigar los efectos. 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;



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

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, siendo la última hasta el 30 de junio de 2022.

11. Que en pro de salvaguardar la sociedad y el sector salud mediante Decreto Legislativo 491 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional, se adoptaron medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplen funciones públicas, y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios. 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 permaneciera vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, se aplazarán en los procesos de selección en 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. Que Mediante 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 con el fin de minimizar la transmisión de la enfermedad.
12. Que la Comisión Nacional del Servicio Civil por medio de la Circular externa 09 del 3 de julio de 2020, como autoridad en materia de carrera y órgano competente en 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.
13. Que el señor Presidente de la Republica en uso de sus facultades otorgadas en la Constitución Política y en consonancia con le Decreto 491 de 2020, expidió el Decreto 1754 del 22 de Diciembre de 2020 por medio del cual se reglamentó el Decreto legislativo 491 de 28 de marzo de 2020 en lo atinente con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas, y periodo de prueba en los procesos de selección de carrera del régimen general, especial y específico, en la emergencia sanitaria. Que mediante sentencia 2021-046664-00 del 3 de junio de 2022 proferida por el Consejo de Estado se declaró la nulidad del Decreto 1754 de 2020 justificando que el legislador dispuso una condición resolutoria respecto del aplazamiento de los concursos que estaba sujeta al levantamiento de la emergencia sanitaria, límite que no admite margen de interpretación alguna.
14. Que el auto interlocutorio de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A, con radicado No. 110010332500020210022200, de fecha 6 de junio de 2022, decreto la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, argumentando que lo que hizo el legislador extraordinario mediante el Art. 14 del Decreto 491 de 2020 fue suspender los concursos en etapa de reclutamientos y aplicación de pruebas, y periodo de prueba mientras estuviese vigente la emergencia sanitaria, que a su sentir el Gobierno Nacional se extralimitó al disponer en el Decreto 1754 se reglamentaría dicho artículo para ordenar su



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

reactivación sin que el Ministerio de Salud y Protección Social hubiera levantando la emergencia sanitaria. Consideran que habría transgredido los límites a los que debe someterse la potestad reglamentaria de la administración.

15. Aseguran que la CNSC estando vigente la emergencia sanitaria en el acuerdo No. 2018 de 2021 convocó y estableció las reglas del proceso de selección 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. Que no conforme con lo anterior el 4 de octubre de 2021, la entidad publicó en el aplicativo SIMO, la oferta pública de empleos de carrera- OPEC y así la ciudadanía tuviera acceso a las especificaciones de cada empleo y escoger al cargo que podría aplicar, reiteran que para dicha época se encontraba vigente la emergencia sanitaria.
16. Resaltan que el proceso de selección ha continuado, encontrándose actualmente en la etapa de valoración de antecedentes la cual será adelantada directamente por la CNSC. Solicitan la intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el fin de que efectúe 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.
17. Al unísono expresan los accionantes que se les han vulnerado sus derechos fundamentales al Debido Proceso, a la Igualdad, Derecho de Defensa, Estabilidad Laboral Reforzada, Trabajo Digno, Acceso a Cargos Públicos, a los principios de Confianza Legítima, Imparcialidad, Transparencia y seguridad jurídica, en consecuencia, solicitan se declare nulo todo lo actuado dentro de la Convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF, el Acuerdo No. 2081 de 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 en mención. Que se retire el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 7 de la Convocatoria No. 2149 de 2021 –ICBF para los cuales fueron admitidos dentro del concurso de méritos. Como pretensiones subsidiarias solicitaron suspender la convocatoria 2149 de 2021 por vulneración a los derechos antes mencionados por haberse adelantado y establecer las reglas del proceso de selección mediante el acuerdo 2081 del 21 de septiembre de 2021, encontrándose vigente la emergencia sanitaria declarada en el mes de abril de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social. Solicitan a demás que en aras de garantizar la protección laboral reforzada a las madres cabeza de familia se ordene al ICBF prever los mecanismos necesarios para garantizar que las personas en condición de protección especial como madres o padres cabeza de hogar, discapacitados, mujeres en estado de gestación prepensionados, personas con algún estado especial de salud, con enfoque diferencial fueran las ultimas desvinculadas y si se encuentran en alguna de las anteriores condiciones sean vinculadas nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de igual o similar al que ocupaban con contrato de prestación de servicios.

ACTUACIÓN PROCESAL



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

El día 9 de agosto se avocó el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por la señora CLAUDIA ESTHER DEL PILAR SILVA y se surtió el traslado de la demanda.

Posteriormente, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1834 de 2015, varios Despachos Judiciales remitieron a este Juzgado otras demandas con idénticos hechos, las cuales persiguen la protección de similares derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por las mismas entidades, al punto que el escrito de tutela coincide en su presentación y argumentación, diferenciándose únicamente en el nombre del accionante y el cargo que en la actualidad desempeña, por lo que se dispuso avocar el conocimiento de las tutelas masivas y, en consecuencia, se llevó a cabo la acumulación de las acciones interpuestas por **CLAUDIA ESTHER DEL PILAR SILVA radicado 2022-363; VIVIANA ISABEK CUELLO OÑATE radicado 2022-364; DIANA CAROLINA ROJAS MAYORGA radicado 2022-367; SANDRA MILENA MORANTES APONTE radicado 2022-368; MARIA CRISTINA TOBON SIERRA radicado 2022-369; IRANIA PATRICIA ACUÑA MEDINA radicado 2022-370; HORTENCIA RAQUEL CANO CHARRIS radicado 2022-371; RUTH OLARTE VELANDIA radicado 2022-372; JOSEFINA CALA LEON radicado 2022-373; JHON JAIRO ZORRILLA LOPEZ radicado 2022-374; CLAUDIA MARCELA SOCHA PEDRAZA radicado 2022-375; KARINA ARCINIEGAS TOLOZA radicado 2022-376; LEIDY JOHANA PARRA CARRANZA radicado 2022-377; JENY ANDREA TRIANA ALONSO radicado 2022-380; ELIZABETH BUENDIA MANJARRES radicado 2022-382; SIGIFREDO DE LUQUE FUENTES radicado 2022-383; SAMARA YANES LABARCES radicado 2022-384; ANA JUSTINA RENTERIA RIVAS radicado 2022-388.**

LA RESPUESTA DE LA PARTE PASIVA

-Comisión Nacional del Servicio Civil -

El representante legal y Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la entidad señala que no existe vulneración alguna a los derechos que invocan los accionantes, dado que la misma se torna improcedente por estructurarse el principio de subsidiaridad previsto en el artículo 86 de la Constitución Nacional toda vez que esta acción no es un mecanismo dirigido a cuestionar actos administrativos como lo es el Acuerdo que rige el concurso, los puntaje obtenidos o para debatir la ejecución del proceso de selección. Señala que las pretensiones invocadas por los actores deben ventilarse a través de un proceso administrativo ante el Juez natural, en el cual podrá pedir las medidas cautelares dispuestas en la norma y no ante el juez de tutela.

Así mismo señala que la presente acción carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios, pues lo que vislumbra es la inconformidad de los accionantes frente a las reglas que rigen el proceso de selección o el resultado obtenido en la etapa eliminatoria, lo que se torna en un juicio de legalidad de un acto administrativo, legalidad que solo puede ser desvirtuada por el juez respectivo. Indica que los accionantes solo alegan una afectación a derechos fundamentales sin que se compruebe un perjuicio irremediable ocasionado, por ende, los accionantes pueden acudir a una acción de nulidad simple, nulidad y restablecimiento de derecho para solicitar la protección que solicitan indebidamente ante el juez de tutela.



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Frente al caso concreto de los accionantes sostiene que ciertamente los mismos se inscribieron en la plataforma SIMO, para los empleos en el nivel de profesional ofertados en cada una de las modalidades por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el proceso de selección 2149 de 2021, quienes en la etapa eliminatoria de aplicación de pruebas escritas obtuvieron menos del puntaje mínimo requerido para aprobar la misma el cual era de 65 puntos, lo que significa que no continúan en el concurso, siendo ese el inconformismo y la razón de haber sido excluidos del proceso de selección, por lo que hoy intentan cuestionar el resultado a través de la acción Constitucional a pesar de existir otros medios de defensa.

Señala que en virtud a las competencias otorgadas por la Constitución Política la CNSC y el ICBF, suscribieron el acuerdo No. 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021 para convocar y establecer las reglas del proceso de selección para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema de carrera administrativa de la planta de personal del ICBF, que las inscripciones se realizaron en las distintas modalidades del 11 al 26 de octubre de 2021 y del 2 al 28 de noviembre de 2021, que los resultados de la verificación de requisitos mínimos fueron publicados el 9 de marzo de 2022, pudiendo los aspirantes elevar sus reclamaciones los días 10 y 11 seguidos a dicha data. Indica la entidad que la aplicación de pruebas escritas se efectuó el 22 de mayo de este año y los resultados preliminares fueron publicados el 22 de junio siguiente, para presentar las reclamaciones se dispuso los días 23, 24, 28, 29 y 30 de junio de 2022. Refiere que la guía de orientación al aspirante para el acceso al material de pruebas se publicó en la página web de la entidad el 30 de junio de 2022, que para los aspirantes que solicitaron el acceso al material de pruebas se les remitió la citación el día 8 de julio de los corrientes y el acceso se dio el 17 de julio otorgando los días 18 y 19 de julio para ampliar la reclamación a través del aplicativo SIMO. Refiere que los resultados definitivos y la respuesta a los inconformismos se publicaron el 29 de julio del año que avanza. Frente a las reclamaciones elevadas por cada uno de los accionantes refiere que aquellas fueron atendidas en forma clara, precisa y de fondo por la Universidad de Pamplona quien fue el operador del proceso de selección. Asegura que a pesar de lo anterior aquellos promueven la presente acción buscando el amparo de sus derechos fundamentales no siendo la entidad que representa la trasgresora de los mismos pues en las reclamaciones se solicitó lo mismo que se pretende con la presente acción, siendo claro que esta acción no cumple con el requisito de subsidiaridad, dado que los hechos expuestos en la mismo fueron los que se plantearon en las reclamaciones, no siendo posible utilizar este medio como segunda instancia.

En cuanto a la sentencia y auto emitido por el Consejo de Estado señala que ciertamente el Gobierno Nacional con ocasión al Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica en el artículo 14 del decreto legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020 dispuso el aplazamiento de los procesos de selección en curso y estableció que 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, se aplazarían los procesos de selección que actualmente se están adelantando para proveer empleos del régimen general, especial constitucional o específico que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas; sin embargo, resalta que la disposición en comento fue reglamentada por el decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020 disponiendo la reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas garantizando la aplicación del protocolo de bioseguridad. Asegura que con el referido



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

decreto se activaron las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas de los procesos de selección lo mismo que los nombramientos en período de prueba que habían sido aplazados a causa de la emergencia sanitaria, la que finalizó el 30 de junio del año en curso conforme el decreto 666 del 28 de abril de 2022 y con ella los efectos del artículo 14 del decreto 491 de 2021.

Resalta que no puede pasarse por alto los efectos de la nulidad decretada por el Consejo de Estado, los cuales según lo resaltado por la Alta Corporación solo operan hacia el futuro, es decir que desde que desde la emisión de la referida sentencia el 3 de junio de 2022 hasta el 30 de junio fecha en que finalizó la emergencia sanitaria se encontraban suspendidos nuevamente suspendidas únicamente las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas, por lo tanto y dado que las etapas de reclutamiento o inscripciones para la convocatoria en comento se efectuaron en los meses de octubre y noviembre de año pasado, es decir en vigencia del decreto 1754 de 2020, no siendo cobijados por la nulidad decretada, pues las mismas se llevaron a cabo antes de proferida la providencia en mención, razón por la cual no puede suspenderse el proceso de selección acorde con lo dispuesto por el Consejo de Estado, pues los efectos de la nulidad únicamente operaban hacia futuro.

Reitera que lo que buscan los accionantes es obstaculizar el desarrollo del proceso de selección, afectando a quienes aspiran al empleo que aquellos desempeñan en la actualidad así como a los aspirantes que continúan en el proceso de selección, pues buscan que se suspenda el proceso a pesar que el sustento que utilizan ha sido controvertido por la CNSC, advierte que lo pretendido por quienes accionan es lograr la por cualquier medio la suspensión del concurso para mantenerse en el empleo que desempeñan entorpeciendo la materialización de lo establecido en el art. 125 de la C.N.

Conforme a lo expuesto solicita despachar desfavorablemente la solicitud de los accionantes, por no existir vulneración de derechos fundamentales pues la entidad ha dado correcta aplicación a las normas que rigen el concurso público de méritos.

-Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-

La señora Jefe de Oficina asesora jurídica es su escrito de respuesta a la presente acción, indica que ciertamente la CNSC y el ICBF suscribieron el acuerdo No. 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021 mediante el cual se establecieron las reglas del proceso de selección en las modalidades de ascenso y abierto del ICBF, para adelantar la convocatoria pública para proveer 3792 empleos vacantes en la institución. Indica que el proceso de selección está compuesto de varias etapas conforme lo establece el art. 31 de la Ley 909 de 2004. Señala que la convocatoria 2149 de 2021, se encuentra en la etapa 3, es decir en la presentación y resultados de las pruebas aplicadas a los aspirantes inscritos. Precisa que los aquí accionantes se encuentran vinculados con nombramiento en provisionalidad, motivo por el cual no pueden alegar la vulneración de derechos fundamentales al trabajo o a la condición de ser madre cabeza de familia, pues el vínculo laboral para el momento se encuentra vigente hasta tanto no sea provisto el empleo a través del concurso, así mismo precisa que no es cierto que los accionantes hayan puesto a consideración de la entidad la presunta condición especial de protección constitucional de ser madres cabeza de familia como erradamente lo afirman en los escritos de tutela,



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

pues es solo con ocasión a la misma es que se advierten tales circunstancias, sin que las mismas hayan sido acreditadas con los anexos de las tutelas.

Resalta que frente a un proceso de selección para proveer definitivamente un empleo de carrera los derechos de los servidores públicos en provisionalidad ceden frente al mejor derecho de aquellos que aprobaron el concurso y que solo en acreditarse debidamente una condición especial que implique el reconocimiento de una estabilidad laboral, la entidad procederá de manera pertinente.

Sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela señala que la misma se torna improcedente por falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de vulneración de los derechos alegados pues en el caso puesto a consideración de conformidad con el acuerdo No. 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021 la entidad responsable de la convocatoria 2149 de 2021, es la Comisión Nacional del Servicio Civil en adelante CNSC. Reitera que en el presente caso la entidad antes referenciada es la encargada de dirigir el concurso de méritos para proveer las 4.247 vacantes del ICBF en todas las etapas.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente las acciones de tutela interpuesta por los accionantes, quienes pretenden por esta vía excepcional la declaratoria de nulidad de un proceso de selección, pretensión que debe ejercerse ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de los medios de control correspondiente, resalta que procedió a verificar en las base de datos de la Dirección de Gestión Humana de la entidad que apodera en aras de verificar la condición aludida por cada accionante, constatando que no se encuentra solitud de estabilidad laboral reforzada en la condición de madre y padre cabeza de hogar que allí señalan y menos de madre gestante, pues la entidad solo tuvo conocimiento de ellos en virtud al presente amparo constitucional, siendo obligación de cada uno de ellos informarle a la institución su condición especial y particular. En consecuencia, solicita que se desvincule del presente tramite al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al carecer de legitimación en la causa por pasiva y por inexistencia de vulneración de derechos fundamentales.

-Universidad de Pamplona-

El coordinador jurídico del proceso de selección No. 2149 de 2021-ICBF en su escrito de respuesta a la presente acción señala que los aquí accionantes en sus escritos de tutela no aportaron prueba que acredite la vinculación de los mismos al ICBF. Expone que ciertamente la CNSC convocó a concurso para proveer definitivamente los cargos vacantes de la planta de personal del ICBF, que los aquí accionantes participaron y cumplieron con las fases de requisitos mínimos, aplicaron a la prueba escrita y además dentro del término establecido procedieron a elevar la reclamación y a complementar la misma. Que atendiendo a las disposiciones establecidas en la guía de orientación y atendiendo a la reserva legal impuesta la universidad emitió respuesta a la reclamación elevada por los accionantes en cada punto expuesto, pues las pruebas aplicadas con de propiedad de la CNSC, resaltando que al momento de acceso a la consulta de las mismas no está autorizada su reproducción física o digital, ello en acatamiento a lo señalado en el numeral 3 del art. 31 de la Ley 909 de 2004.

Indica que en la etapa de acceso al material de pruebas aplicadas se entregó el cuadernillo que contenía la misma, la hoja de respuestas y las claves dadas como



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

correctas por la universidad operadora del proceso, para que efectuaran la complementación a la reclamación, que ciertamente los aquí accionantes presentaron acudieron a dicha vía, cuyos cuestionamientos fueron debidamente atendidos por la CNSC y la Universidad con su respectivo sustento técnico y normativo frente a cada punto esgrimido por los accionantes, resalta que como operadora del concurso ha actuado bajo los parámetros establecidos en la ley y atendiendo los postulados del art. 125 de la C.N.

Manifiesta que para la elaboración de pruebas para la provisión de empleos en Colombia se ha utilizado el término “Ejes Temáticos” para las dimensiones o indicadores de las competencias de las pruebas funcionales y comportamentales, elaborando los casos y enunciados que finalmente son evaluados en las pruebas. Indica que la CNSC y el ICBF entregaron unos indicadores a la Universidad de Pamplona como lo son conocimientos generales, específicos, habilidades generales y específicas, capacidades generales y específicas y finalmente comportamentales comunes y comportamentales. Sostiene que la prueba fue analizada por la misma universidad junto con un grupo de profesionales que revisaron y compararon con la descripción de cada perfil de los empleos convocados, de acuerdo con el Manual de Funciones de la Entidad.

En razón a lo anteriormente expuesto, solicita negar por improcedente las acciones de tutela presentadas y en consciencia solicita que se nieguen las pretensiones como quiera que no existe vulneración a los derechos fundamentales del aquí accionante.

-Departamento Administrativo De la Función Pública-

El señor Director Jurídico del Departamento Administrativo de la Función Pública manifiesta oponerse a la prosperidad de la presente acción frente a la entidad que representa, lo anterior en virtud a que no tiene injerencia en los hechos expuestos, pues no es el ente encargado de desarrollar o vigilar el proceso de selección de la convocatoria 2149 de 2021 ICBF, pues tales funciones le corresponden a la CNSC y a la Universidad de Pamplona, así como a la entidad que proveerá las vacantes, entidades con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera propia. Señala que no vislumbra vulneración a derechos fundamentales por parte de la entidad que representa, que los argumentos expuestos por los accionantes son improcedentes como quiera que justifican sus pretensiones con interpretaciones carentes de validez impulsadas por las respuestas dadas a las reclamaciones elevadas por los aquí tutelantes.

Refiere que la convocatoria es ley para las partes y por lo tanto debe acatarse lo allí dispuesto pues en ella se dispuso los requisitos y pruebas a practicar, pues era del conocimiento de los actores y que era un riesgo presentarse o no al mismo, no siendo posible pretender hoy cambiar la estructura del concurso el cual fue previamente establecido, que si no cumplieron alguno de los requisitos allí estipulados objeto de valoración como lo fue la prueba escrita, la cual era de carácter eliminatorio, la consecuencia por lo tanto era la continuación en el concurso, sin que ello sea considerado como trasgresión a los derechos fundamentales.

Agrega que las acciones constitucionales que se promueven contra actos administrativos emitidos en el marco de un concurso de méritos por regla son improcedentes como quiera que está establecida la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Administrativa, en la cual pueden pedirse medidas cautelares. Sostiene la entidad que no es competencia del Juez Constitucional decretar la suspensión solicitada.



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

En síntesis, manifiesta que no le corresponde al Departamento Administrativo de la Función Pública participar en alguna de las etapas de los procesos de selección cobijados por la ley 909 de 2004 careciendo de competencia para pronunciarse sobre los hechos narrados por los actores.

Finalmente advierte que en el caso precedente no se avizora la existencia de un perjuicio irremediable. Atendiendo a lo expuesto solicita declarar probadas las excepciones planteadas y fundamentalmente la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad que apodera.

-Terceros Intervinientes-

Conforme a la vinculación que se hiciera para aquellas personas que se consideraran con derecho a intervenir en el presente trámite Constitucional concurren los ciudadanos LORENA AMPARO GARCIA VILLARRUEL, VICTORIA EUGENIA REINA LOZANO, MARIA ESTHELA CIFUENTES MAYA y SUGEIDY ISABEL OBREDOR MURILLO, solicitando se tengan como demandantes en la presente acción pues a su sentir se les están vulnerando los mismos derechos fundamentales alegados por los aquí accionantes. La señora YULY ANDREA ALVAREZ LOMBO por el contrario se opuso a la prosperidad de la misma, advirtiendo que la accionante JENNY ANDREA TRIANA tuvo 945 posibilidades de acceder a una vacante ofertada en la citada convocatoria que al no superar el puntaje mínimo establecido pretende perjudicar a las demás personas que sí lo aprobaron, evidenciando presuntamente que no reúne las capacidades y competencias en virtud a la igualdad y estabilidad establecidas en el art. 53 de la C.N.

En estas condiciones, se entra a decidir lo que en derecho corresponda teniéndose en cuenta para ello las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Nuestra Carta Magna, en su art. 86, creó esta institución de control constitucional a manos de los jueces de la República, para que por un procedimiento preferente y sumario, el ciudadano pueda reclamar y obtener la defensa de sus derechos fundamentales cuando sienta vulneración o amenaza, pero, prescribe la misma norma, de esta posibilidad solo se puede hacer uso cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que la utilice como mecanismo transitorio, en vías de prevenir un perjuicio irremediable.

En suma, la acción de tutela ha sido instituida en Colombia como mecanismo garante de los Derechos constitucionales fundamentales de los individuos "*cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*", es decir, al no haber otro recurso para hacerlos cumplir o en el caso de que exista peligro inminente.

Este mecanismo judicial cuenta con una serie de características que le son propias como son:

Subsidiaria o residual: Porque solo procede cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial.



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Inmediata: Porque su propósito es otorgar sin dilaciones la protección solicitada

Sencilla o informal: Porque no ofrece dificultades para su servicio.

Específica: Porque se contrae a la protección exclusiva de los derechos fundamentales. En este punto debe ser claro el peticionario en ubicar el o los derechos fundamentales que considere conculcados.

Eficaz: Porque en todo caso exige del juez un pronunciamiento de fondo para conceder o negar el amparo del derecho.

Preferente: Porque el juez la tramitará con prelación a otros asuntos, salvo la acción de habeas corpus. Los plazos son perentorios e improrrogables.

Sumaria: Porque es breve en sus formas y procedimientos.

Fundamentos jurídicos con los que se decidirá la presente acción:

En relación con el concurso de méritos, la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011 ha señalado:

“El mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”

“La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así: 1. Convocatoria. es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. 2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad. 4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso. 5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. “Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.”

Frente a la obligatoriedad del cumplimiento de las normas que rigen la convocatoria, en la misma sentencia la alta Corporación señala que tanto las entidades contratadas como los participantes deben dar cumplimiento a las reglas que son obligatorias para todos; veamos:



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

“La convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delimitan los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”.

“Las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.”

De otro lado son de la esencia de la acción de tutela dos características fundamentales en orden a su prosperidad; la primera de subsidiaridad, porque sólo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o disponiéndolo, ejercita la acción constitucional para evitar un perjuicio irremediable; la segunda tiene que ver con la inmediatez, en el entendido que la acción Constitucional debe plantearse dentro de un término prudencial que permita la aplicación de un remedio urgente, para guardar de manera efectiva, concreta y actual el derecho violado o sujeto de amenazas.

Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos la H. Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“... Como ha sido reiterado en múltiples ocasiones por esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados^[1]. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: “[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado^[2]. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable^[3]. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario^[4].

En este sentido, la Corte ha expuesto que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se ha establecido:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”^[5] (Sentencia de tutela 030 de 2015, Mg. Pte. Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez)

Frente al carácter residual de la acción de tutela, nuestro máximo Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades ha expresado lo siguiente:

“...5. El constituyente primario, en consonancia con los objetivos que fijó para la acción de tutela, la previó como un medio residual de defensa, lo que implica que es el último mecanismo judicial al que ha de acudir el interesado, considerada la magnitud de la amenaza que enfrenta o no dispone de ninguna otra vía para resguardar sus derechos fundamentales. Únicamente cuando el afectado no disponga de una forma efectiva de defensa puede recurrir al juez de tutela.

En esa medida, “la acción de tutela por regla general, es improcedente, salvo que el actor pruebe (i) que no existe otro medio de defensa judicial, o que existiendo no es efectivo, por una parte, o por otra, (ii) que existe un perjuicio irremediable”^[18] sobre los derechos de los que reclama el amparo a través de su escrito de tutela. De este modo, “**siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico**”^[19].

El carácter residual de la tutela se concreta en el proceso judicial, con la exigencia de que sea formulada con arreglo al principio de subsidiaridad. Según éste no es posible acudir en forma exitosa al juez de tutela si la causa de la vulneración de los derechos del actor no ha intentado atacarse ante el juez ordinario, siempre que este tenga la oportunidad de contrarrestarla en forma contundente y con arreglo a las particularidades del accionante y de la situación que se somete al conocimiento del funcionario judicial. Solo cuando la acción resulta subsidiaria (además de inmediata), es procedente.

Bajo esa orientación constitucional, el Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que la tutela solo procede cuando “el afectado no disponga de **otro medio de defensa judicial**”. Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiaridad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa^[20], ni mucho menos a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa^[21]. La inobservancia de tal principio se erige como una causal de improcedencia a la luz del numeral 1° del artículo 6° del mencionado decreto^[22], declarado exequible en la **Sentencia C-018 de 1993**.

La consecuencia directa de la improcedencia de la acción de tutela es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado, cuyo conocimiento corresponde, entonces, en forma exclusiva al juez ordinario a través de los canales procesales creados por el Legislador.

En ese sentido, el principio de subsidiaridad implica el resguardo de las competencias jurisdiccionales, de la organización de la administración de justicia, de las instituciones procesales, del debido proceso y de la seguridad jurídica, propias del Estado Social de Derecho.

6. En los casos en que existen medios ordinarios y principales de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido dos excepciones a la improcedencia. Cada una tiene implicaciones sobre la forma, transitoria o definitiva, en la que ha de concederse el amparo constitucional, en caso de que sea viable hacerlo.

La primera. Si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un **perjuicio irremediable**. De tal forma, la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para debatir el asunto. Entre tanto se resguardan sus derechos fundamentales.

Esta primera hipótesis implica la constatación de un perjuicio irremediable, que ha sido definido como un riesgo que se ciñe sobre los derechos fundamentales del accionante, con ciertas características particulares: “*ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; ser urgente, lo que significa que implique la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; ser impostergable, esto es, se debe acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales*”^[23]



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

La segunda. Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es **eficaz** para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de **manera definitiva**. El análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinado por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante que pueden acrecentar la amenaza que pesa sobre los derechos de los que reclama el amparo.

7. Toda la normatividad, legal y jurisprudencial sobre la materia está orientada a *“impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales”*^[24], cuando el Legislador ha previsto otros tantos y unas vías procedimentales particulares para cada asunto litigioso.

Como consecuencia de los elementos que componen la naturaleza de la acción de tutela, el juez a la hora de determinar la procedencia de la acción, debe verificar si hay *“un perjuicio irremediable, que afecte los derechos fundamentales de quien invoca su protección, haciendo necesario el amparo transitorio pretendido para restablecer la situación y asegurar al agraviado el pleno goce de su derecho. (...) [pues] hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección”*^[25].

8. En suma cuando, como se ha advertido, la regla general es que la acción de tutela es improcedente, si se tiene en cuenta que no es el único mecanismo que permite el amparo de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y que los demás establecidos con ese mismo objetivo (las acciones ordinarias) son principales respecto a ella, el accionante debe mostrar que estos mecanismos no existen o no son efectivos para proteger los derechos que estima amenazados para enfrentar la improcedencia de este mecanismo constitucional, de cara a la excepcionalidad del mismo...” (Sentencia de tutela 533 de 2016, Mgda. Pte. Doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO).

En el caso específico de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, la jurisprudencia Constitucional ha dejado en claro lo siguiente:

“...3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial^[2], salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable^[3].

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha 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 efectiva e integral^[4].

Ahora bien, 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^[5] para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes^[6] 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^[7].

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: *“en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado 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 acceso a la función pública y al trabajo.



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna 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^[8].

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que 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.

4. La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa. Reiteración de jurisprudencia^[9]

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el *clientelismo*, el *nepotismo* o el *amiguismo* sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.^[10]

Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.^[11]

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.^[12]

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso^[13], la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario “y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.^[14]

La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera^[15]. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, “que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.”^[16]

Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado^[17]; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconstituyen sin existir razones válidas que lo ameriten.^[18]

5. El acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

El principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125^[19] superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte *“todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado”*^[20]. Para tal efecto, el Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales^[21].

El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva^[22], haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo^[23].

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso^[24], lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal^[25]. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

- (i) Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.
- (ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.
- (iii) Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa^[26].
- (iv) Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe^[27]. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen *“ley para las partes”* que intervienen en él^[28].

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

6. El alcance de la delegación en los concursos de méritos

El constituyente creó la Comisión Nacional del Servicio Civil y le encomendó la administración y vigilancia del régimen de carrera administrativa de los servidores públicos^[29]. Aunado a ello el legislador le encomendó la exclusiva supervisión de los sistemas de carrera específica^[30], lo cual a juicio de este Tribunal también incluye su direccionamiento^[31].

En ejercicio de dicha competencia, le corresponde elaborar las convocatorias para concurso de méritos y adelantar el proceso de selección de los empleos adscritos a tal condición, entre otras funciones^[32]. En el Decreto Ley 760 de 2005 se estableció el procedimiento para desarrollar dichas labores y se consagró la posibilidad de que la Comisión delegue el conocimiento y la decisión de las reclamaciones presentadas con ocasión del trámite de escogencia^[33].



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Al respecto, en la Sentencia C-1175 de 2005 se reconoció que la escasa estructura organizacional creada legalmente para la Comisión Nacional del Servicio Civil, dificultaba que llevara a cabo directamente todos los procesos de selección. Por tal motivo, el propio legislador autorizó delegar su realización en entidades educativas, debido a que por su carácter académico no comprometen la independencia constitucional de la CNSC. Además, esta Corporación consideró que el traslado de la función concierne al conocimiento y decisión de las reclamaciones presentadas durante el desarrollo del concurso debía estipularse explícitamente en el acto de delegación de la ejecución del proceso.

Aunado a lo anterior, advirtió que *“una cosa son las simples reclamaciones que surgen en alguna de las etapas delegadas de los procesos de selección, que no afectan el concurso en sí mismo, porque se trata de asuntos individuales o particulares, y, otra, muy distinta, cuando la reclamación tiene la connotación de denuncias o reclamos por irregularidades en el proceso, denuncias que al adquirir connotaciones de trascendencia, sí pueden afectar la integridad del proceso”*^[34].

La Sentencia C-1175 de 2005 distinguió que en el primer caso referido a reclamaciones sobre actos particulares que no afectan los ejes del proceso de selección, *“cuando el aspirante no es admitido a un concurso o proceso o cuando el participante está en desacuerdo con las pruebas aplicadas en los procesos de selección, y que por tales hechos presentan las reclamaciones respectivas (arts. 12 y 13 del Decreto 760 de 2005)”*^[35], la Comisión puede delegar su conocimiento y solución en la entidad que desarrolle el proceso, sin perjuicio de lo cual, puede avocar dicha función en cualquier momento^[36].

Respecto del segundo evento, consideró que por tratarse de asuntos intrínsecamente ligados al proceso de selección en sí mismo, como *“las quejas sobre la existencia de errores ostensibles en la valoración de las pruebas, o filtración del contenido de las mismas, o sospechas de corrupción en el proceso o en sus resultados, desconocimiento de los lineamientos o instrucciones dados por la Comisión Nacional del Servicio Civil a la entidad delegada para el desarrollo del concurso”*^[37], estos hacen parte de la responsabilidad de administración y vigilancia del sistema de carrera en cabeza de la CNSC, que por su entidad es indelegable^[38].

Al tenor de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la delegación del conocimiento y decisión de las reclamaciones presentadas en un proceso de selección, se puede surtir únicamente con las instituciones de educación superior a quienes se encargue la ejecución del proceso de selección, siempre que se trate de solicitudes particulares que no afecten el concurso en general.

Si bien el sistema específico de carrera de la DIAN está regulado expresamente en el Decreto Ley 765 de 2005, cuyo artículo 38^[39] dispone las autoridades encargadas de la resolución de las reclamaciones presentadas, la aplicación de dicha disposición deberá efectuarse en concordancia con lo señalado por este Tribunal en la Sentencia C-1175 de 2005, en la cual se analizó la constitucionalidad de la facultad de delegación de funciones de la CNSC.

Ello implica que cuando se trate de peticiones generales que afecten el desarrollo del concurso en general, sin perjuicio de lo dispuesto en la referida norma, la CNSC es la única entidad competente para resolverlas puesto que esa labor es indelegable por derivarse directamente de la responsabilidad de administración y vigilancia del régimen de carrera que le corresponde, incluso en los sistemas específicos, de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia C-1230 de 2005.” (Sentencia de tutela 180 de 2015, Mgdo. Pte. Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO).

Debe en este caso resaltarse también, que ante la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud a través de su resolución 385 del 12 de marzo de 2020 y la Presidencia de la República mediante el decreto 491 del 28 de marzo de 2020 en su artículo 14 se dispuso:

“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.

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 período



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.”.

A su vez el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 1754 de diciembre 22 de 2020, mediante el cual reglamentó el Decreto Legislativo 491 de 2020 para reactivar las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos del régimen, especial y específico en el marco de la emergencia sanitaria así:

“Artículo 1. Objeto. El presente decreto tiene por objeto reglamentar el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo referente a los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, en el marco de la emergencia sanitaria, en las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba.

Artículo 2. Reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas de los procesos de selección. A partir de la publicación del presente decreto las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, podrán adelantar las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, garantizando la aplicación del protocolo general de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 de 2020 y en las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen.

Artículo 3. Reactivación del periodo de prueba. A partir de la publicación del presente decreto las entidades podrán iniciar el periodo de prueba con los aspirantes nombrados y posesionados, fijando compromisos para la evaluación del desempeño laboral, siempre y cuando se garantice el desarrollo, seguimiento y verificación de las actividades inherentes al empleo, que permitan una evaluación y calificación objetiva.”

El Consejo de Estado en su sala 17 Especial de Decisión al decidir el medio de Control *“Control Inmediato de Legalidad del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020”* en sentencia del 3 de junio de 2022 dispuso:

“Por último, debe precisarse que, durante su vigencia, el acto que se declara ilegal surtió efectos y, por ende, las situaciones jurídicas que se consolidaron bajo su amparo no pueden verse afectadas con la presente decisión. Así las cosas, es necesario señalar, con respecto a la reactivación de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como los periodos de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, que estos no pueden verse afectados, en cuanto, las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección amparadas en la confianza legítima, tuvieron la convicción de que dichos trámites podían reanudarse desde el momento en que el Decreto 1754 de 2020 así lo dispuso. En ese orden, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado operan hacia el futuro o *ex nunc*.

.....

PRIMERO: DECLARAR 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”*, dictado 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, por las razones señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que los efectos de la nulidad del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, operan únicamente desde el momento de emisión de esta sentencia y hacia el futuro o *ex nunc*, de acuerdo con los motivos anteriormente expuestos.”

La misma Corporación en auto interlocutorio No. No. 110010332500020210022200 del 6 de junio de 2022 al resolver sobre las medidas cautelares dentro de una acción de nulidad promovida por el Sindicato de Unificación Nacional de Trabajadores de la DIAN y Finanzas Públicas ordenó:

“Primero: Decretar 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, periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria», de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

Frente al caso en particular que nos ocupa:

Pretensión unánime de quienes hacen uso de la presente acción, lo es el que se declare la nulidad de todo lo actuado dentro de la convocatoria No. 2149 de 2021 ICBF, el acuerdo No. 2081 de 2021 por medio del cual se convocó y se establecieron las reglas del proceso de selección en las modalidades de ascenso y abierto para proveer los cargos en vacancia definitiva de la planta de personal del ICBF, así como del anexo por el cual se establecen las especificaciones técnicas de las diferentes etapas del concurso; solicitan además que se retire de la convocatoria en mención el cargo de Profesional Universitario código 2044 para el cual fueron admitidos dentro de dicho concurso. Como pretensiones subsidiarias solicitan suspender la convocatoria No 2149 de 2021 por vulneración de los derechos a debido proceso, seguridad jurídica entre otros al no haberse tenido en cuenta que para el momento de convocar y establecer la reglas del proceso de selección se encontraba vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, que se orden al ICBF prever los mecanismos necesarios para garantizar la protección laboral reforzada a las madres cabeza de familia, discapacitados, mujeres en estado de gestación, prepensionados, personas en condición de debilidad manifiesta por razones de salud, sean los últimos desvinculados.

Se impone en comienzo el verificar, si en este caso en particular se cumple con aquellos principios procesales de procedencia de la presente acción Constitucional, especialmente el relativo a la subsidiariedad de la acción puesto que, lo que en esencia se controvierte, son actuaciones eminentemente administrativas.

Para ello, ha de dejarse por sentado, de acuerdo con lo obrante en el plenario, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF para cubrir algunos cargos de carrera administrativa actualmente ocupados por personal en provisionalidad, efectuó la Oferta Pública de Empleos de Carrera “OPEC” conforme al listado de vacantes que se requiere cubrir de manera definitiva certificada por el representante legal y el jefe de talento humano, la cual fue enviada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad que en uso de sus facultades legales dio vía libre a la convocatoria y trámite del concurso de méritos correspondiente.

La Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC citada, se publicitó para efectos de su inscripción y pruebas del concurso a través del aplicativo SIMO habilitado en la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En cuanto a las reglas del concurso, éstas fueron claramente definidas en el Acuerdo No. 2081 del 21 de septiembre de 2020 y el anexo Acuerdo No. CNSC-20212020020816 de 2021.

El concurso de méritos en comento se viene desarrollando en todas sus etapas el cual se encuentra en la fase de verificación de antecedentes conforme lo informa la entidad, pues superada la etapa de inscripción de los aspirantes, el pasado 22 de mayo de los corrientes se efectuó la prueba de conocimiento de conformidad con el cronograma establecido en el Acuerdo 2081 de 2021, resultados preliminares que fueron debidamente publicados por la entidad el 22 de junio del año que avanza otorgando a cada participante



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

el termino de 5 días hábiles siguientes para elevar las reclamaciones a que hubiere lugar. Demostrado aparece, que la CNSC citó a los aspirantes que solicitaron tener acceso al material de pruebas para el día 17 de julio de los corrientes y les otorgo el termino de dos días posteriores a dicha data para complementar la reclamación, una vez resueltas las mismas los resultados definitivos y la respuesta a dichas reclamaciones fueron debidamente publicadas el 29 de julio de 2022.

Ahora, cierto es que en virtud a la declaratoria de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la resolución 385 de 2020, prorrogada por las resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020 y 222, 738, 1315 y 1913 de 2021; 304 y 666 de 2022, se decretó el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional y en tal razón se emitió el Decreto Presidencial 491 del 28 de marzo de 2020 mediante el cual se dispuso en su numeral 14° el aplazamiento de los procesos de selección en curso, mientras permaneciera vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, sujeto si, a que las autoridades competentes deberían reanudar dichos procesos una vez se superara la Emergencia Sanitaria, precisando en todo caso que en el evento en que el proceso de selección tuviese listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones respectivas.

Sin embargo, el 22 de diciembre de 2020 el señor Presidente de la República en uso de sus atribuciones legales y Constitucionales emitió el Decreto 1754 de 2020, mediante el cual reglamentó el decreto Legislativo 491 de 2020 solo en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de pruebas en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera en el marco de la Emergencia Sanitaria disponiendo, que haciendo uso de tal normatividad fue que la Comisión Nacional del Servicio Civil abrió la convocatoria 2149 de 2021 ICBF con los cargos ofertados por la entidad mediante Acuerdo 2081 de 2021.

En el plenario aparece también acreditado, que los aquí accionantes se inscribieron a dicha convocatoria acreditando para tal efecto el cumplimiento de los requisitos mínimos necesarios, sin cuestionamiento hasta entonces de los términos y condiciones de tal convocatoria. Fue así como se emitieron los actos administrativos de admisión y citación a presentar la prueba escrita la que desarrolló el 22 de mayo de 2022; los resultados de dicha prueba escrita fueron publicados el 29 de julio de 2022, luego de agotada la etapa de reclamaciones respectivas.

La última de las actuaciones administrativas citadas es precisamente la que los accionantes cuestionan de violatoria de sus derechos fundamentales pues allí fueron excluidos del proceso de selección al no haber superado el puntaje mínimo necesario para continuar, pues a su juicio en la prueba escrita aplicada no se tuvo en cuenta por parte del operador del proceso el título académico de cada participante y a su sentir todos los aspirantes fueron reunidos en un solo grupo sin tener en cuenta la especialidad de los cargos requeridos y que las preguntas no estaban planteadas conforme al manual de funciones y competencia laboral y menos a los ejes temáticos reportados por el ICBF.

La jurisprudencia Constitucional, partiendo del supuesto que todo acto administrativo ha sido consultado el principio de legalidad en su promulgación, impone el que su refutación deba surtirse ante el Juez natural de lo Contencioso Administrativo a menos que un juez



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

constitucional encuentre que tal mecanismo judicial no resulte del todo eficaz o se esté frente a un perjuicio irremediable Así se ha referido la Corte Constitucional entre otras en Sentencia T-097 de 2014 donde se dijo:

“5.1. Las mismas reglas enunciadas tienen aplicación cuando se pretende impugnar, en sede de tutela, actos administrativos. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que cuando se trata de objetar o controvertir actos administrativos, en principio se debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la acción de tutela, salvo que el juez determine que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden salvaguardar o se esté ante la posibilidad que se configure un perjuicio irremediable,[23] pero en todo caso las acciones judiciales contencioso administrativas no pueden haber caducado al momento de interponerse la acción de tutela.[24]

5.2. El principio de legalidad que rige la administración en un Estado de Derecho, Social y Democrático, exige que los actos que ésta emita estén conformes no solamente con los preceptos constitucionales, sino con las demás disposiciones jerárquicamente inferiores. Esto hace que dichos actos estén amparados por una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre el particular se señaló en la sentencia T-1436 de 2000, reiterada en la sentencia T-685 de 2006:

“(…) En el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

(…) Así mismo, señaló que la presunción de legalidad encuentra contrapeso en el control de legalidad que realiza la jurisdicción contencioso administrativa. “Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.”

En el caso que ocupa la atención del Despacho, ninguna duda se tiene que el acto administrativo, oprobioso según los accionantes, debe ser cuestionado ante su Juez Natural que, como se dijo, lo es la Justicia de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de nulidad correspondiente, acción que incluso le permite a quien a ella acude hacer efectivas medidas cautelares como la suspensión provisional del acto atacado, con lo cual se descarta cualquier vicio de ineficacia de la mencionada acción, pues de las pruebas allegadas se encuentra que la CNSC, les resolvió de fondo y con argumentos jurídicos a cada uno de ellos las reclamaciones presentadas frente al resultado de la prueba escrita.

Ahora, también cuestionan los accionantes el hecho de haberse efectuado la convocatoria 2149 de 2021 ICBF estando vigente la Emergencia Sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de las resoluciones ya indicadas y para ello solicitan la nulidad de todo lo actuado dentro del mencionado concurso en virtud a la declaratoria de nulidad del Decreto 1754 de 2020 ordenada por el Consejo de Estado en sentencia del 3 de junio del presente año, sin embargo al hacer la respectiva revisión de la providencia en mención, se encuentra que la nulidad decretada por la alta Corporación solo tiene efectos a futuro y hasta tanto se mantenga la emergencia sanitaria decretada, entendiéndose con ello que la convocatoria 2149 de 2021 ICBF, en todas las etapas surtidas hasta el momento se mantiene incólume pues las mismas se surtieron con



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

antelación, sumado a que la Emergencia Sanitaria fue levantada el pasado 30 de junio del año que avanza.

Resulta entonces más que evidente, que en este caso en particular no se estructura el presupuesto de subsidiariedad que, de vía libre al trámite de la presente acción Constitucional, puesto que los actores cuentan con otra vía judicial, eficaz e idónea, para hacer efectivos los derechos procesales que aquí se persiguen.

Por demás, no encuentra el suscrito Juez constitucional que en este caso se configure un perjuicio irremediable para quienes intervienen como accionantes, con menos razón cuando no se avizora vulneración del derecho fundamental al debido proceso que se pregona pues, el tratamiento administrativo dado corresponde al que debe someterse todos los aspirantes a un concurso de méritos y está cobijado por la presunción de legalidad que le es propia. Recuérdese que la acción de tutela no se ha establecido para sustituir actuaciones administrativas o judiciales, quedando igualmente vedado para el Juez Constitucional invadir esferas que no le corresponden.

Como consecuencia de lo analizado, forzoso resulta el concluir que la presente acción de tutela ningún viso de prosperidad tiene y por consiguiente se denegará. Del mismo modo se desvinculará de la presente acción al Departamento Administrativo de la Función Pública.

Finalmente, frente a lo expresado por algunos de los accionantes de tener la condición de padres y madres cabeza de hogar, así como la condición de gestante de la también demandante JENY ANDREA TRIANA ALONSO, son situaciones que deben advertir al nominador una vez le sean remitidas las listas de elegibles, cuestión que hasta el momento no han acreditado para que allí sea valorada tal condición. En este momento, sólo existe en quienes hacen tal petición un simple temor que sus derechos van a ser desconocidos, situación que no es suficiente para el acogimiento de tales pretensiones, pues el citado concurso se encuentra en la etapa de valoración de antecedentes.

En virtud de lo anteriormente razonado, el Juzgado Tercero de Familia de Bucaramanga, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR LA TUTELA presentada por los señores CLAUDIA ESTHER DEL PILAR SILVA, VIVIANA ISABEK CUELLO OÑATE, DIANA CAROLINA ROJAS MAYORGA, SANDRA MILENA MORANTES APONTE, MARIA CRISTINA TOBON SIERRA, IRANIA PATRICIA ACUÑA MEDINA, HORTENCIA RAQUEL CANO CHARRIS, RUTH OLARTE VELANDIA, JOSEFINA CALA LEON, JHON JAIRO ZORRILLA LOPEZ, CLAUDIA MARCELA SOCHA PEDRAZA, KARINA ARCINIEGAS TOLOZA, LEIDY JOHANA PARRA CARRANZA, JENY ANDREA TRIANA ALONSO, ELIZABETH BUENDIA MANJARRES, SIGIFREDO DE LUQUE FUENTES, SAMARA YANES LABARCES y ANA JUSTINA RENTERIA RIVAS, frente a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y frente a la Universidad de Pamplona por lo razonado en tal sentido en las motivaciones.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

SEGUNDO: Se ordena notificar el presente fallo a los demás participantes en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021-ICBF y que fueron vinculados a la presente acción. Para estos efectos, se dispone que la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC- publique en su página web o en el aparte de la red correspondiente al proceso de selección e informen al correo electrónico allí consignado por cada uno de los participantes, la presente providencia, a fin de que los vinculados, tengan conocimiento de la decisión aquí adoptada.

TERCERO: Se desvincula al Departamento Administrativo de la Función Pública.

CUARTO: Notifíquese esta decisión a los funcionarios demandados y comuníquese a los tutelantes.

CUARTO: ENVÍESE el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que no fuere impugnada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Firmado Por:
Libardo Cortes Carreño
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 003
Bucaramanga - Santander

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

Código de verificación: **ace24d9f215289f4eda37ee82d1137faee2f822b7807a96a2e9717d6e37038b4**

Documento generado en 23/08/2022 02:49:55 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>