



RADICADO 6800131100062023-00304-00
ACCIÓN DE TUTELA
SENTENCIA N. 198

JUZGADO SEXTO DE FAMILIA

Bucaramanga, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

En desarrollo del artículo 86 de la Carta Política y de conformidad con el procedimiento consagrado en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda respecto a la ACCION DE TUTELA instaurada por PASCUALA ORTIZ REYES identificada con c.c. 63.316.788 actuando en nombre propio y en representación de su menor hija Gabriela Mariana Arenas Ortiz contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF, a fin de que le sean tutelados sus derechos fundamentales a la Unidad Familiar, Igualdad y Trabajo Digno.

HECHOS

Informa la accionante que tiene 58 años, es madre soltera, ejerce el cuidado y acompañamiento de su hija Gabriela Mariana de 15 años, estudiante de noveno grado en el Colegio San Pedro Claver y deportista de alto rendimiento quien efectúa los entrenamientos en la Liga Santandereana de Voleibol y ha participado en torneos municipales, departamentales y nacionales, siendo una estudiante destacada y líder de su plantel educativo.

Dice estar vinculada al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF desde septiembre de 2011 hasta la fecha, sus primeros años como contratista, nombrada en febrero de 2015 en el cargo profesional universitario, hasta el 31 de Diciembre de 2016 en la planta temporal y, finalmente, con resolución No. 7945 de Septiembre de 2017, fue nombrada en el cargo profesional universitario, en la planta global del ICBF en provisionalidad, prestando el servicio a la niñez y familias colombianas durante 12 años.

Manifiesta que se inscribió en el concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, mediante Acuerdo No. 2081 del 21 de Septiembre de 2021, Convocatoria No. 2149 de 2021 en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, donde se ofertaron 998 vacantes.

Comunica que fue incluida en la lista de elegibles para proveer el empleo de Profesional Universitario 2044-7, de carrera administrativa de la planta global de personal de ICBF, ofertado con la OPEC 166313 en la modalidad Abierto y el 3 de mayo de 2023 y, que el ICBF remitió a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC el reporte del proceso de desempate adelantado para la OPEC 166313 para que dicha entidad programara audiencia de escogencia de ubicación geográfica, exigiendo a todos los elegibles registrar alternativas para proveer todas las vacantes, por ello fue necesario, para continuar con el proceso, inscribir varios departamentos sin opción alguna de priorización efectiva dada la modalidad Abierta del concurso.



Refiere que el 26 de junio de 2023 fue notificada de la resolución No. 3927 del 12 de Mayo de 2023, expedida el ICBF mediante la cual fue nombrada en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal, identificado con el código OPEC 166313, ubicado Valledupar, a pesar de haber puesto como primera alternativa el departamento de Santander y sus municipios.

Asegura que dicho acto administrativo no es susceptible de recurso, indicando el parágrafo segundo que tendría diez (10) días hábiles para manifestar la aceptación del cargo y posteriormente diez (10) días hábiles para tomar posesión, no obstante, le informaron que por cronograma interno, la posesión, en caso de aceptar, estaba programada para el 06 de Julio de 2023, esto es, 7 días hábiles después de su notificación, por lo que se vio obligada a aceptar el cargo y pedir prórroga para posesionarse.

Describe que para ella no es opción dejar su trabajo en Bucaramanga por el compromiso que tiene con su hija, pues trasladarse a Valledupar implica una ruptura abrupta de la unidad familiar, representando un deterioro en sus condiciones y la suspensión de su actividad deportiva, además es imposible conseguir un centro educativo en esta época para que su hija continúe con sus estudios.

Alega que no aceptar el nombramiento le llevaría a perder la posibilidad de obtener un trabajo digno considerando su edad y la opción de alcanzar una pensión de vejez, como quiera que se preparó y pasó el concurso buscando la estabilidad que ofrece un cargo de carrera administrativa, sin embargo, la entidad no consideró su condición para realizar el nombramiento que termina afectando la armonía familiar de uno de sus empleados.

Reitera que trasladarse a Valledupar con su hija reduce su estabilidad, situación que inevitablemente implica consecuencias psicológicas negativas para la menor y para ella, sin embargo no aceptar el empleo significa sacrificar la posibilidad de continuar trabajando y obtener una pensión.

Afirma que con posterioridad a su notificación de nombramiento, su hija presentó un cuadro de alteración psicológica, donde en consulta se evidenció el impacto que ha tenido el posible traslado.

PRETENSIONES

Solicita la tutela de los derechos fundamentales invocados y en consecuencia, se ordene al ente accionado modifique el acto administrativo de nombramiento en el sentido de hacer su nombramiento en Bucaramanga en una de las vacantes disponibles para el empleo de Profesional Universitario 2044-7, de carrera administrativa de la planta global de personal de ICBF.

ACTUACIÓN PROCESAL

A través de providencia de fecha 6 de julio de 2023 se admitió la presente acción, disponiéndose a vincular al Colegio San Pedro Claver, Liga Santandereana de Voleibol, Comisión Nacional del Servicio Civil y Procuradora Judicial adscrita al Despacho, corriendo traslado para que, en el término señalado en la comunicación



se pronunciarán sobre los hechos y pretensiones alegados en la demanda constitucional.

Posteriormente, con auto de fecha 11 de julio de 2023 se resolvió vincular a la totalidad de los concursantes inscritos para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, identificado con el código OPEC No. 166313, ofertado en la modalidad de concurso Abierto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021.

En consecuencia, se recibió respuesta en los siguientes términos:

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC

Confirma que la señora PASCUALA ORTIZ REYES se inscribió con el ID 436759737, para el empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 7, identificado con el código OPEC No. 166313, ofertado en la modalidad de concurso Abierto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021.

Informa que en virtud de las competencias y funciones otorgadas por la Constitución Política y Ley 909 de 2004, la CNSC y el ICBF, suscribieron el Acuerdo No. CNSC – 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021, "*Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021*", para proveer en carrera administrativa las vacantes definitivas de la planta de personal.

Asegura que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2.2.6.3 del Decreto 1083 de 2015, en concordancia con el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el párrafo del Artículo 1 del referido Acuerdo de Convocatoria, "*La convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga a la Comisión Nacional del Servicio Civil y, a los participantes*" donde se establecen las reglas y condiciones para participar en el proceso de selección.

Indica que el Artículo 3º del mencionado acto administrativo, dispone:

ARTÍCULO 3. ESTRUCTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN. El presente proceso de selección tendrá las siguientes etapas:

(...)

- Aplicación de pruebas a los participantes admitidos en cualquier modalidad de este proceso de selección.*
- Conformación y adopción de las Listas de Elegibles para los empleos ofertados en este proceso de selección.*

Señala que, en consideración a la estructura del Proceso de Selección, una vez aplicadas las pruebas y agotadas las respectivas etapas de reclamaciones y en firme los resultados de cada una de ellas, la CNSC expidió las Listas de Elegibles de los empleos frente a las cuales los resultados definitivos se encuentran en firme, publicando el 16 de febrero de 2023, aviso informativo de la expedición de las Listas de Elegibles en la modalidad de Ascenso y, el 3 de marzo de 2023, se informó sobre la publicación de las Listas de Elegibles en la modalidad Abierto. Posteriormente los días 13 y 28 de marzo de 2023 se dio publicidad a otras siete listas de elegibles,



Asegura que el ítem de desempate que se tuvo en cuenta fue el establecido en el numeral 4 del artículo 30, del Acuerdo del Proceso de Selección:

“(...)

4. Con quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones inmediatamente anteriores, en los términos señalado en el artículo 2, numeral 3, de la Ley 403 de 1994. (...)”

Expresa que a pesar de que las elegibles aplicaron para diferentes ítems, la diferencia respecto de la posición salió a favor de la señora RIOS HURTADO, quien ocupó la primera posición en este proceso y la accionante la posición número 2 y, finalmente, después de este procedimiento ocupó la posición número 887 en la lista de elegibles.

Reitera que el aspirante al momento de inscribirse acepta todas las condiciones y reglas establecidas para este proceso de selección, consentimiento que se estipula como requisito general de participación conforme lo dispuesto en el Acuerdo que regula la Convocatoria.

Indica que la Lista de Elegible de la cual hace parte la accionante fue publicada el 19 de abril de 2023, por lo tanto, el ICBF tenía hasta el 26 de abril para realizar las solicitudes tendientes a excluir a los elegibles que considerara cumplieran alguno de los requisitos señalados en el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005, no obstante, no se hizo ninguna solicitud de exclusión, razón por la que el 27 de abril, la lista cobro firmeza completa respecto de la posición en la cual se encuentra la accionante y los otros elegibles de la lista.

Afirma que una vez cobró firmeza la lista, fue necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 31 del Acuerdo del Proceso, el cual señaló:

ARTÍCULO 31. AUDIENCIA PÚBLICA PARA LA ESCOGENCIA DE VACANTE DE UN EMPLEO OFERTADO CON VACANTES LOCALIZADAS EN DIFERENTES UBICACIONES GEOGRÁFICAS O SEDES. *Para los empleos ofertado con vacantes localizadas en diferentes ubicaciones geográficas o sedes, la escogencia de la vacante a ocupar por cada uno de los elegibles, en firme la respectiva Lista de Elegibles o la primera o primeras posiciones individuales en forma consecutiva, se realizará mediante audiencia pública, de conformidad con las disposiciones del Acuerdo No. CNSC – 0166 de 2020, adicionado por el Acuerdo No. CNSC-236 de la misma anualidad, o del que lo modifique o sustituya.*

Asevera que en virtud del precitado artículo, la accionante mediante el aplicativo SIMO fue citada para la correspondiente audiencia y, en el caso de la elegible PASCUALA ORTIZ REYES, una vez el ICBF resolvió el desempate, quedó ubicada en la posición No. **887** de la Lista conformada mediante Resolución No. 5596 del 17 de abril de 2023, de ahí que, debía seleccionar en su orden de preferencia y de acuerdo con su posición, 887 vacantes y, revisado el Sistema SIMO se constató que, la accionante “aprobó” de forma correcta la escogencia en orden de preferencia, conforme a las reglas del Acuerdo No. 0166 de 2020, para el empleo con OPEC No. 166313.

Asegura que finalizada la audiencia, el aplicativo SIMO generó el reporte general con la escogencia o asignación de vacantes, el cual se remite al ICBF, pues es el nominador el que está facultado para realizar nombramientos y posesiones, por lo que la competencia se encuentra en cabeza del ICBF y, en atención a esto, expidió la Resolución No. 3927 del 12 de mayo de 2023 “Por la cual se hace un



nombramiento en período de prueba y se dictan otras disposiciones", el cual señaló:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: NOMBRAR EN PERÍODO DE PRUEBA, en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, identificado con el código OPEC 166313, ubicado en el municipio de VALLEDUPAR a:

NOMBRES Y APELLIDOS	CÉDULA	CARGO	REGIONAL - DEPENDENCIA
PASCUALA ORTIZ REYES	63316788	PROFESIONAL UNIVERSITARIO 2044-7 26416	CESAR C.Z. VALLEDUPAR 2

PARÁGRAFO PRIMERO: El nombramiento en periodo de prueba que se realiza a través de la presente resolución es en la ubicación geográfica seleccionada por el designado.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El designado en periodo de prueba, tendrá diez (10) días hábiles para manifestar si acepta el cargo y diez (10) días hábiles siguientes para tomar posesión, de conformidad con los artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.1.7 del Decreto 1083 de 2015, adicionado y modificado por el Decreto 648 de 2017.

Señala que el acto administrativo que expide el ICBF como entidad nominadora, corresponde al de nombramiento en periodo de prueba sobre el empleo o vacante asignado en audiencia pública, en razón al orden de mérito y escogencia realizado por el elegible, en los términos establecidos en los Artículos 2.2.5.1.6 y 2.2.5.1.7 del Decreto 1083 de 2015, para lo cual, a la luz de la norma la accionante cuenta con un término definido para la aceptación del nombramiento y otro para la posesión; sin desconocer el derecho que le asiste de solicitar la prórroga establecida en el artículo 2.2.5.1.7 del Decreto 1083 de 2015, aclarando que la misma queda sujeta a discreción de la Entidad nominadora, de acuerdo con la necesidad del servicio.

Menciona que la Corte Constitucional, en reiteradas sentencias ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, por ende, resulta improcedente en este caso, toda vez, que la acción de tutela NO es un mecanismo jurídico dirigido a cuestionar las decisiones de las entidades como el ICBF, respecto de la negativa del nombramiento de la accionante en otro regional diferente a la seleccionada en la audiencia de escogencia, razón por la cual, dicho cuestionamiento deberá dilucidarse a través de un juicio procesal administrativo cuyo juez natural es el Juez Contencioso Administrativo, donde podrá solicitar las medidas cautelares dispuestas en el CPACA, y no el juez de tutela.

Solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, así mismo porque sus actuaciones se encuentran ajustadas a derecho y no existe vulneración a los derechos fundamentales de la accionante.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF

Informa que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, firmaron el Acuerdo No CNSC-20212020020816 de fecha 21 de septiembre de 2021 "por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección en las modalidades de ascenso y abierto en el ICBF" con el objeto de adelantar la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 3792 empleos vacantes que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa.



Refiere que el ICBF hizo parte de la etapa de planeación del Proceso de Selección suministrando los insumos para el desarrollo del mismo, esto es, (i) Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales actualizado, (ii) Recursos para la financiación del proceso de selección, y (iii) el reporte en SIMO de la Oferta Pública De Empleos De Carrera – OPEC, también lo es que, conforme la referida normativa, el desarrollo de las etapas del proceso de selección, corresponde única y exclusivamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, de ahí que, todo lo relacionado con el concurso de méritos debe ser atendido directamente por dicha entidad, como por el ejemplo, las inconsistencias del aplicativo SIMO frente a la escogencia de las vacantes por parte de los elegibles, dado que, la administración de dicha herramienta tecnológica se encuentra arraigada en la CNSC.

Manifiesta que finalizada la etapa de planeación, la CNSC y el ICBF, suscribieron el Acuerdo mediante el cual se convocó y estableció las reglas del Proceso de Selección No. 2149 de 2021-ICBF, al cual se inscribió la accionante para concursar por el empleo de nivel Profesional, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, ofertado por el ICBF en la modalidad de concurso abierto.

Alude que una vez la accionante superó las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil, finalizado el concurso de méritos, conformó y adoptó para el referido empleo, la Lista de Elegibles mediante Resolución No 5596 del 17 de abril de 2023, para proveer novecientos ochenta y nueve (989) vacantes definitivas del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044 Grado 07, identificado con OPEC 166313 , Modalidad Abierto del Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF.

Alega que la accionante en aras de que le sean amparados sus derechos solicita mediante la acción constitucional, dejar sin efecto la Audiencia Pública de Escogencia de Vacantes adelantada para la OPEC 166313, lo cual no es viable acceder, toda vez que la CNSC efectuó la audiencia pública para la escogencia de vacante de un empleo ofertado con vacantes localizadas en diferentes ubicaciones geográficas o sedes, tal como lo dispone el artículo 31 del Acuerdo No. 20816 de 2021, lo cual resulta claro que las reglas del proceso de selección son inamovibles, pues de acceder a la pretensión, se estaría trasgrediendo los principios que rigen la administración pública, entre ellos, la igualdad y transparencia, pilares de los procesos de selección.

Afirma que no existe un hecho generador de la presunta afectación al derecho fundamental invocado por la parte accionante frente a esa entidad, en consecuencia, al no existir vulneración o amenaza a garantía fundamental alguna se solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela.

MINISTERIO PUBLICO - PROCURADORA 61 JUDICIAL II DE FAMILIA DE BUCARAMANGA

Manifiesta que si bien es cierto la acción de tutela es un mecanismo residual o supletorio que no puede usarse a escogencia de los ciudadanos como medio principal para acceder a sus pretensiones, también lo es, que es un instrumento que procede ante la falta de eficacia o idoneidad de los mecanismos de defensa ordinarios, o de manera excepcional, cuando pese a la existencia de recursos judiciales adecuados, se hace necesaria la intervención del juez constitucional para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de quien ejercita la acción.



Dice que ante el panorama y de cara a la situación particular de la señora PASCUALA ORTIZ REYES, esto es: ser madre cabeza de familia, su núcleo familiar – menor adolescente- están radicadas en Bucaramanga y lleva 12 en provisionalidad en el ICBF, haber pedido sede Bucaramanga y fue nombrada en Valledupar; debe estudiarse a fondo en aras de determinar la estructuración de alguna de las dos excepciones al principio de subsidiariedad previstas por la Corte Constitucional, toda vez que su traslado llevaría a afectar la educación y estabilidad emocional de su hija, no obstante, es palmario que la entidad tutelada se debe allanar a las reglas de carrera que se impone y es inevitable que al aplicarse afecte en mayor o menor medida a la unidad familiar, más sin embargo debe analizarse y ponderarse las vacantes que asegura la accionante existen en Bucaramanga.

Solicita su desvinculación por cuanto no es trasgresora de los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

COLEGIO SAN PEDRO CLAVER y LIGA SANTANDEREANA DE VOLEIBOL

Noficados en debida forma de la acción de tutela, dejaron pasar el silencio el termino para contestar la demanda constitucional y ejercer su defensa.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se estableció en el artículo 86 de la actual Constitución Política de 1991, como el medio más expedito y rápido para hacer cesar las acciones u omisiones que vulneran o amenazan un derecho fundamental; pero, se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública o de los particulares.

En este evento la queja va dirigida contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF y, frente al artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 y N.º 1 inc. 2º del Decreto 1382 de 2000 se advierte claramente que es procedente esta acción contra esta entidad siendo este Despacho competente para resolverla.

Al respecto el Tribunal Superior en materia Constitucional en reiteración a la jurisprudencia dispuso en sentencia T-332/18 lo siguiente:

“(...) El concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo¹. Además de los principios que lo inspiran, entre ellos, el mérito, la igualdad en el ingreso, la publicidad y la transparencia, la ejecución de sus reglas debe someterse al estricto cumplimiento del debido proceso² y respetar todas y cada una de las garantías que rodean el proceso de selección.

El resultado de la participación en el concurso de méritos es la lista de elegibles, en la que de manera ordenada se indican las personas que alcanzaron los mejores resultados en las diferentes pruebas realizadas, para acceder a los respectivos cargos. La

¹ Corte Constitucional Sentencia T-1110 de 2003

² Artículo 29 de la CP: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas



jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como de esta Corporación ha sostenido que la provisión de cargos para la carrera administrativa debe tener en cuenta el orden

De otra parte, en sentencia SU-913 de 2009 de la Corte Constitucional, determinó lo siguiente:

"(...) 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..."

Conforme con lo anterior, algunas veces 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, por lo que la tutela se torna eficaz para este cometido.

La Corte Constitucional ha precisado que lo que se busca con la provisión de empleos a través de concurso de méritos es la satisfacción de los fines del Estado y garantizar el derecho fundamental de acceso a la función pública, lo que conlleva a la elección oportuna del concursante que reúne las calidades que con el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los concursantes y la entidad convocante.

En conclusión, la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

Así lo manifestó la misma corporación guardiana de la Constitución, en sentencia T-388 de 1998, adujo:

"(...) En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de subsidiariedad en la acción de tutela, es decir, su procedencia solamente a falta de otros mecanismos de defensa judicial, no debe ser de aplicación automática, sino que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si el otro mecanismo judicial dispuesto por el orden jurídico para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logra una efectiva e íntegra protección de los mismos o si, por el contrario, la vulneración o amenaza de tales garantías continúa a pesar de su existencia.

No se trata de que el otro medio de defensa judicial sea puramente teórico. Por el contrario, lo que el Constituyente y el legislador quisieron en el momento de redactar la normatividad sobre la acción de tutela, fue precisamente lograr una protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, entendiendo que ellos muchas veces son desconocidos, a pesar de que para cada uno está reservada en la legislación una forma de protección.

También en reiterada jurisprudencia y acogiendo el mandato contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, esta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, pues muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la



prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos...”

Puede ocurrir que a pesar de contar los sujetos procesales con los medios ordinarios dentro del proceso para defender sus intereses concretos, ninguno de estos mecanismos actúe de manera efectiva y eficiente, por lo que es necesario que el juez de tutela realice un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo.

El sistema de carrera administrativa, el concurso público de méritos: la obligatoriedad de las reglas y sus alcances.

La Constitución en el artículo 125 establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, pues dota al sistema de 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 erige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública.

Establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público de tal forma que la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional. Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera es el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público, ya que sus fases buscan observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

En este contexto, la convocatoria se convierte en punto angular del proceso de selección, ya que 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. Por tanto, la imposición de reglas que son obligatorias para todos entiéndase administración y administrados-concursantes, es la base del concurso.

Por tanto, como en ella se delinearán 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 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.

La Corte Constitucional en la sentencia SU-913 de 2009 señaló que las reglas del concurso son invariables, de la siguiente manera:



(...) 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.

Así las cosas, las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a las entidades no le es dado variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto se afectarían principios básicos de la administración, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular, posición reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011:

La convocatoria es, entonces, "la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes", y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado 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."

En conclusión, el principio del mérito constituye una de las bases del sistema de carrera, en consecuencia, es el sustento de todo proceso de selección que persigue asegurar la eficiencia de la administración, así como garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para ocupar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera.

PROBLEMA JURIDICO

Corresponde a este Despacho determinar si en el presente asunto ¿se han vulnerado por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF -los derechos fundamentales invocados por la tutelante PASCUALA ORTIZ REYES?

CASO CONCRETO

PASCUALA ORTIZ REYES actuando en nombre propio y en representación de su menor hija Gabriela Mariana Arenas Ortiz acude a esta vía excepcional con el fin de lograr la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la Unidad Familiar, Igualdad y Trabajo Digno, los cuales considera trasgredidos por Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.

Pretende como secuela del amparo rogado se ordene a la entidad accionada modifique el acto administrativo de nombramiento, haciendo su nombramiento en Bucaramanga, en una de las vacantes disponibles para el empleo de Profesional



Universitario 2044-7, de carrera administrativa de la planta global de personal de ICBF.

Recordemos que mediante Acuerdo No. 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021, la CNSC convocó y estableció las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Proceso de Selección ICBF 2021.

En el marco de la convocatoria realizada por la CNSC, la señora Pascuala Ortiz Reyes se postuló para el empleo identificado con el Código OPEC No 166313 denominado Profesional Universitario 2044-7 de carrera administrativa, surtidas las etapas del referido concurso la accionante ocupó la posición **No 431** de la lista conformada mediante Resolución No. 5596 del 17 de abril de 2023, *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer novecientos ochenta y nueve (989) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 7, identificado con el Código OPEC No. 166313, MODALIDAD ABIERTO del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, Proceso de Selección Instituto Colombiano de Bienestar Familiar No. 2149 de 2021”*.

En razón a que presentó empate en puntaje con la elegible Ana Lucia Ríos Hurtado, fue necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 30, del Acuerdo del Proceso de Selección: **“DESEMPATE EN LAS LISTAS DE ELEGIBLES.** *Cuando dos o más aspirantes obtengan puntajes totales iguales en la conformación de la respectiva Lista de Elegibles, ocuparán la misma posición en condición de empatados. En estos casos, para determinar quién debe ser nombrado en periodo de prueba, el ICBF deberá realizar el desempate...”* y, una vez surtido el procedimiento ocupó la posición número **887** en la lista de elegibles.

Una vez cobró firmeza la lista, la accionante Pascuala Ortiz Reyes mediante el aplicativo SIMO fue citada para la audiencia dispuesta en el Acuerdo del Proceso No. 20212020020816 del 21 de septiembre de 2021, artículo 31: **“AUDIENCIA PÚBLICA PARA LA ESCOGENCIA DE VECANTE DE UN EMPLEO OFERTADO CON VACANTES LOCALIZADAS EN DIFERENTES UBICACIONES GEOGRÁFICAS O SEDES.** *Para los empleos ofertado con vacantes localizadas en diferentes ubicaciones geográficas o sedes, la escogencia de la vacante a ocupar por cada uno de los elegibles, en firme la respectiva Lista de Elegibles o la primera o primeras posiciones individuales en forma consecutiva, se realizará mediante audiencia pública”*.

La accionante PASCUALA ORTIZ REYES, al quedar ubicada en la posición No. 887 de la Lista conformada mediante Resolución No. 5596 del 17 de abril de 2023, debía seleccionar en su orden de preferencia y de acuerdo con su posición, 887 vacantes, lo cual aprobó de forma correcta, conforme a las reglas del Acuerdo No. 0166 de 2020, para el empleo con OPEC No. 166313.

Haciendo uso de la lista de elegibles, por medio de la Resolución No. 3927 del 12 de mayo de 2023, el ICBF nombró en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- identificado con el código OPEC 166313 ubicado en el municipio de Valledupar a PASCUALA ORTIZ REYES.

Sea lo primero precisar que cada concurso de méritos se rige por las reglas fijadas en la convocatoria respectiva, en las que se establecen claramente los requisitos y las etapas que se agotaran, los tiempos en se llevaran a cabo las pruebas a realizar,



los puntajes, etc., esto es, es un proceso eminentemente reglado, de manera que los interesados en acceder a un cargo de carrera deben cumplir con las exigencias establecidas en el Acuerdo de convocatoria correspondiente, que es la ley del concurso, en tanto que las bases y normas allí contenidas obligan no solo a los aspirantes sino a la entidad que convoca, en aras de garantizar la igualdad, objetividad, transparencia y en suma, el mérito en el acceso a la función pública.

En ese sentido, debe ponerse de presente, que a través de la Convocatoria No. 2149 de 2021 - ICBF, se propende entre otras cosas, por garantizar el derecho fundamental de acceso a la función pública de todos los participantes de dicho concurso y el principio constitucional del mérito, dentro de los cuales se encuentra inmersa la hoy accionante, por superar todas las etapas del concurso y como se ha dicho, ocupan su respectivo lugar dentro de la lista de elegibles consolidada.

En tal sentido, las listas de elegibles en firme y durante su vigencia, se tornan en actos administrativos que -a pesar de su naturaleza plural- crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto respecto de quienes conforman la lista, que no pueden ser desconocidos por parte de la administración, entre ellos a ser nombrado en período de prueba, pues la Convocatoria no solo es ley para los aspirantes en tal aspecto, sino también para la respectiva entidad pública - ICBF en el caso concreto-, en armonía con lo regulado en la Ley 909 de 2004 art. 31-5, el canon 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015 y demás normativa concordantes.

Ahora bien, se tiene entonces como lo explicó y demostró el vocero judicial de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, la accionante fue citada a la audiencia Pública para escogencia o selección de sede, quien de manera voluntaria efectuó la escogencia de las vacantes ofertadas en orden de preferencia, conforme a las reglas del Acuerdo No. 0166 de 2020, para el empleo con OPEC No. 166313; de acuerdo con su ubicación definitiva en la Lista de Elegibles posterior al desempate realizado por el ICBF.

En ese sentido, mal haría el Despacho en ordenar al ICBF ordenar modificar la Resolución No. 3927 del 12 de mayo de 2023, mediante la cual nombró en período de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- identificado con el código OPEC 166313 ubicado en el municipio de Valledupar y en su lugar ordenar hacer el nombramiento en la ciudad de Bucaramanga, toda vez que con la orden impartida se vulnerarían los derechos de las demás personas que conforman la lista de elegibles,

Así las cosas, 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 de obligatoria observancia para todos.

Queda de esta forma dilucidado el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, en el sentido que las entidad accionada y vinculada no han quebrantado ningún derecho constitucional de la accionante, al encontrarse ajustada a derecho las actuaciones administrativas desplegadas por el ICBF y la CNSC, dentro del concurso de méritos desarrollado en la convocatoria No. Convocatoria No. 2149 de 2021, regulada según el Acuerdo No CNSC-20212020020816 de 21 de septiembre de 2021.



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

RESUELVE

PRIMERO. – NEGAR la tutela de los derechos fundamentales invocados por PASCUALA ORTIZ REYES actuando en nombre propio y en representación de su menor hija Gabriela Mariana Arenas, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. – NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Se le asigna la carga a INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF – y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL -CNSC notificar a través de la página web este fallo a los concursantes inscritos para el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7, identificado con el código OPEC No. 166313, ofertado en la modalidad de concurso Abierto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el Proceso de Selección No. 2149 de 2021.

TERCERO. – REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión, si el fallo pronunciado no fuere impugnado.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:
Socorro Jerez Vargas
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 006
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: **66283d2d45187f842749ed9e1377c95419bf665fc3a6531de1bc82f64fd1ca7f**

Documento generado en 18/07/2023 01:55:53 PM

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