

Honorable

Juez Civil del Circuito (Reparto)
Bogotá D.C.
E.S.D.

Ref. **ACCIÓN DE TUTELA**

Accionante: **Edward Felipe Trujillo Barbosa**

Accionado: **ICBF**

Vinculado: **CNSC**

Edward Felipe Trujillo Barbosa con cedula de ciudadanía No. 1.0.19.021.420 expedida en Bogotá D.C., obrando en nombre propio, me dirijo a usted, señor juez, solicitando la protección de sus derechos fundamentales constitucionales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, Y AL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO TRAS CONCURSO DE MÉRITOS, con base en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Participe en el concurso de méritos, proceso de Selección No. 2149 de 2021 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para el empleo denominado profesional especializado, código 2028, grado 15, identificado con el código OPEC No. 168328, modalidad abierto.

SEGUNDO: El pasado 24 de febrero del 2023 se conformó la lista de elegibles, mediante Resolución No. 1932 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cual, está integrado por 19 elegibles.

TERCERO: Para saber sobre el número de cargos de profesional especializado, código 2028, grado 15, que se encontraba en vacancia definitiva, se elevaron varios derechos de petición; pero la entidad siempre respondía con evasivas, diciendo que hasta tanto no se establezca la planta de personal no se podrá saber cuántas vacantes hay. sin embargo, ya han transcurrido un (1) año de vigencia de la lista, y todavía no saben cuántos cargos tienen en provisionalidad del cargo antes mencionado.

CUARTO: Por intermedio de la tutela 2023-401 del juzgado 8 laboral de Bogotá, el ICBF dio respuesta a un derecho de petición, indicando los siguiente: “ *a nivel nacional, están en provisionalidad, los empleos de profesional especializado 2028 grado 15, que no están siendo ocupadas por personal inscrito en carrera son en total 78 cargos*”. Por lo que no entendemos, porque el ICBF, no ha dado uso de la lista de elegibles para ocupar esos cargos, sabiendo que la persona que ocupó el 1er puesto ya se posesionó, el cual, no interfiere para nada en el nombramiento de los demás cargos.

QUINTO: El gobierno Nacional expidió el decreto 2280 del 29 de diciembre de 2023, el cual, se suprimieron y se crearon cargos, entre ellos, el de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 15, que quedó con el de grado 17 y con 94 cargos. Es decir, se amplió el número de cargos de 78 a 94 cargos, que pueden ser provisto con las 18 personas que estamos en lista; No hay excusas por parte del ICBF de no utilizar dicha lista, aduciendo de situaciones administrativas como posesiones o prorrogas, o por la planta global, porque el único cargo ofertado, ya está provisto.

SEXTO: En la anterior convocatoria 433 de 2016, el ICBF no quería posesionar a las personas de la lista de elegibles de Defensor de Familia habiéndose creado varios cargos, hasta que, en una sentencia de tutela del Tribunal Contencioso Administrativo de Cali, ordeno que en 3 días el ICBF informara al CNSC cuantas vacantes habían del cargo de Defensor de Familia; que una vez recibiera la información, se elaborara una lista de elegibles de las personas que no lograron nombrarlas y enviarlas al ICBF, para que esta última procediera a su nombramiento previa escogencia de plazas y por orden de mérito.

SEPTIMO: Como podemos ver, el ICBF, ha dilatado nuestro nombramiento, sabiendo que en el cargo al cual concursamos había 78 cargos en vacancia definitiva; ahora, con la ampliación de la planta de personal, se elevó a los 94 cargos, el ICBF no tiene excusa para que nos posesione las 18 personas que nos encontramos en la lista de elegibles de profesional especializado del código 2028 del ICBF.

OCTAVO: Señor Juez, acudimos a esta acción constitucional directamente por ser esta el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de nuestros derechos fundamentales, debido a que ya ha pasado un (1) año de vigencia de nuestra lista, y el ICBF, no ha utilizado el resto de los elegibles para proveer los demás cargos 78 y ahora 94, con la excusa de que no saben cuántos cargos en vacancias tiene por las constantes posesiones y prorrogas del concurso.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados y en consecuencia ordenar:

PRIMERO: Se tutelen mis derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, al debido proceso administrativo, confianza legítima y el mérito como principio constitucional para el acceso a los cargos públicos de conformidad con los artículos 13, 25, 29 y 125 de la Constitución Política, así como cualquier otro derecho fundamental que el Honorable Juez encuentre vulnerado o amenazado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

SEGUNDO: Se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar., dar aplicación al artículo 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, y proceda a efectuar nuestros nombramientos y posesiones en periodo de prueba dentro de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF para el cargo identificado con el Código OPEC No. 168328 denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 15, hoy grado 17. Dentro de los cargos creados con ocasión de la expedición del decreto 2280 del 29 de diciembre de 2023, el cual, se crean cargos, en total 94.

TERCERO: Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF que, de manera inmediata, proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes para adelantar nuestros nombramientos para el cargo denominado Profesional Especializado Grado 15, hoy 17 Código 2028 y/o de manera subsidiaria en algún otro cargo de carácter equivalente dentro de la planta Global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF., todo en estricta observancia del orden del mérito de conformidad con los puntajes obtenidos durante todo el proceso del concurso abierto de méritos, ello en conformidad con el Artículo 2.2.11.2.3 del Decreto N°1083 de 2015 el cual establece: *“Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.*

CUARTO: Se EXHORTE al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL CNSC, para

que en lo sucesivo eviten incurrir en conductas como las acaecidas en este caso, toda vez que ello es fuente de trasgresión de derechos fundamentales.

QUINTO: Con el fin de garantizar el amparo efectivo de mi derecho fundamental constitucional vulnerado lo que disponga su Despacho de acuerdo a las facultades legales que revisten al Juez de Tutela procedentes y necesarias para la efectiva protección del derecho incoado en esta Acción.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Subsidiariedad:

Según lo ha señalado la línea jurisprudencial actual de la Corte Constitucional (incluso la reciente de la Sentencia T-133 de 2016 emitida en vigencia del CPACA - Ley 1437 de 2011-), la Acción de Tutela resulta procedente para la protección de los derechos fundamentales de los elegibles con listas en firme para proveer un cargo de carrera, habiendo o no pronunciamiento administrativo, y por tanto esta corporación ha aclarado que la vía ordinaria del Contencioso Administrativo no tienen la idoneidad y eficacia para solucionar la afectación constitucional que se presenta. Así, por ejemplo, la sentencia T-606 de 2010¹ que estudió la solicitud de amparo presentada por un accionante que ocupó el primer lugar en el concurso adelantado para proveer el cargo de gerente de la E.S.E. Red Salud de Armenia y no fue designado por el nominador, quien, en su lugar, nombró al segundo de la lista de elegibles, indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que: *"(...) en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dilatan la obtención de los fines que persiguen. Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que, no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el cargo público."*

la Sentencia de Unificación Jurisprudencial SU-913 de 2009 de la CORTE CONSTITUCIONAL, que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso contencioso administrativo, pues su trámite

llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esto dice textualmente la Sentencia de Unificación Jurisprudencial SU-913 de 2009 citada: *“Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.”*

PERJUICIO IRREMEDIABLE

En consonancia con lo expuesto en líneas anteriores, las listas de elegibles tienen una vigencia de dos años de los cuales han transcurrido un (1) año y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF a la fecha solamente ha realizado la posesión de un (1) integrante de la lista elegible, con el argumento de que están en termino para posesiones y prorroga, desconociendo la realidad de que hay 78 vacantes hoy 94 con la ampliación de cargos. Tal y como se explicó, nuestra lista ya hace parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por lo tanto, el término de vigencia ya está corriendo desde su publicación. En ese sentido, de procederse a ventilar el asunto ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, con los problemas de congestión judicial que deben ser conocidos por su señoría, existe una alta probabilidad de que la lista se venza antes de tener un pronunciamiento judicial de fondo. En consecuencia, solo la acción de tutela puede evitar este perjuicio irremediable del vencimiento de la lista de elegibles, sin poder acceder al cargo público del cual debemos hacer parte a raíz de la meritocracia.

De otro lado, y como ya lo expusimos, en la actualidad ya se nos está causando un perjuicio, en consideración a que el nombramiento y posesión en los cargos no se ha efectuado, lo cual implica que no podremos estar disfrutando de la remuneración y demás derechos laborales. En ese orden, solo la decisión judicial de tutela puede evitar que se siga produciendo este daño, que no solamente nos afecta a nosotros, sino a los demás integrantes de la lista de elegibles y a nuestras familias.

VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La Corte Constitucional, en sentencias T-402 de 2012 y T-156 de 2012, determinó que la omisión o negación a efectuar un nombramiento de una persona en periodo de prueba con fundamento en una lista de elegibles que ha cobrado firmeza constituye una violación al derecho fundamental al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, a la confianza legítima y al acceso a cargos públicos.

Al respecto la Corte, en la referida sentencia T-402 de 2012 consideró: *“Bajo esa orientación, ha dicho la Corte que cuando se impide el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales participaron, se vulneran sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo. (...)”*

En Sentencia T - 156 de 2012 la Corte Constitucional fijó la siguiente subregla señalando: *“Esta Corporación ha sentado en numerosas oportunidades su jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”, y en cuanto a que “aquel que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido”. Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.*

OBLIGATORIEDAD DE NOMBRAR EN PERIODO DE PRUEBA UNA VEZ SE ENCUENTRA EN FIRME LA LISTA DE ELEGIBLES

Respecto a la doctrina y criterios de unificación expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, esta entidad concluyó unificadamente qué: *En consecuencia, bajo los anteriores supuestos, corresponde a las entidades que hacen parte de una convocatoria y que cuentan con listas de elegibles en firme, nombrar en estricto orden y en periodo de prueba a los elegibles que culminaron satisfactoriamente el proceso de selección en aplicación del derecho de acceso a cargos públicos, el principio constitucional de merito y el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015.*

Desde la Sentencia T-112 A de 2014 la Corte Constitucional no se pronunciaba acerca del Uso de Listas de elegibles, Y precisamente lo hizo para aclarar que la Ley 1960 de 2019 se puede aplicar de manera retrospectiva para autorizar a aquellos que quedaron en listas de espera, o lo que es lo mismo, aquellos que no lograron quedar dentro de las vacantes ofertadas. En efecto, la Corte en SENTENCIA T-340 de 2020, Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez del 21 de agosto de 2020 (Anexo 13), introdujo un cambio jurisprudencial acerca de la figura del uso de listas de elegibles, teniendo como fundamento jurídico, como se recalca, lo preceptuado en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, dijo la Corte: *“3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 3 Ver sentencias C147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008; T-494 de 2008. de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente”*.

COMPETENCIA

Honorables jueces constitucionales considero que son competentes por las facultades establecidas en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991.

JURAMENTO

Manifiéstanos bajo gravedad de juramento que no hemos interpuesto ante la jurisdicción constitucional una acción de tutela relacionada al caso de la referencia.

VINCULACIÓN DE TERCEROS

A efectos de precaver eventuales nulidades de carácter procesal, se le solicita muy respetuosamente al Honorable Juez del conocimiento vincular al presente tramite tutelar a los aspirantes al cargo ofertado mediante la OPEC N.º 168328 para el cargo

denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 15 hoy 17, que se encuentran en la lista de elegibles estructurada a través de la Resolución Numero 1932 , fechada 24 de febrero de 2023.

Acudo a la acción constitucional de tutela directamente por ser el mecanismo idóneo para la protección de mis derechos fundamentales, pero sobre todo porque es el único eficaz, ya no solo por la onerosidad de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, sino también porque es imperioso evitar el vencimiento de la lista de elegibles de la OPEC No. 168328, cuya vigencia es de dos años contados a partir del 24 de febrero del 2023.

La Corte Constitucional ha señalado en repetidas ocasiones en su acervo jurisprudencial que la Acción de Tutela debe ser utilizada como un medio residual y subsidiario, al que recurrir en situaciones de vulneración o amenaza de Derechos Fundamentales que pueden derivar en un perjuicio irremediable. Además, ha insistido en que solo se puede acudir a la Acción de Tutela cuando no existe otro medio idóneo para proteger los Derechos en situación de amenaza o vulneración mencionados.

Expongo una línea jurisprudencial, ya realizada y analizada en otros procesos de raigambre constitucional, de lo expuesto por las salas de revisión de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, en lo que respecta a los concursos de mérito y la posible vulneración de derechos fundamentales que emana de las situaciones provocadas por los mismos. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha realizado múltiples pronunciamientos defendiendo la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y lo ha hecho argumentando que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, por su onerosidad en tiempo y recursos, no ofrece herramientas eficaces y expeditas ni la solidez necesaria para proteger los derechos fundamentales de la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos tras concurso de mérito.

Considera la Corte Constitucional que, cuando el inciso tercero del artículo 86 de la carta política se refiere a que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial...” como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de el se restablezca el derecho fundamental violentado o se proteja de su amenaza, es decir,

tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho.

Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa. En consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía. Como se argumenta, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones en la anterior dirección. Un ejemplo de larga data es la sentencia T 315 de 1998, en la que la Corte Constitucional refirió:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

Con posterioridad, en el fallo con radicado SU-133 de 1998, la Corte Constitucional señaló que existen circunstancias en las que los medios ordinarios no son los idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concurso de mérito, destacando que:

“Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados

que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.”

Y en la misma dirección se pronunció en las sentencias T 425 de 2001 y SU 613 de 2002, en las que afirmo:

En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto:

“...la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

“La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”.

“Por todo lo anterior, la Corte considera que existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

Posteriormente, en su sentencia SU-913 de 2009, considero: *“Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.”*

Siguiendo nuestra línea temporal, encontramos la sentencia T 606 de 2010 en la que se indico en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:

“...en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dilatan la obtención de los fines que persiguen. Así mismo, estas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante...”

Como conclusión preliminar, la Corte Constitucional apostillo que, aunque puedan existir otros mecanismos judiciales, para que sea exigible acudir a ellos, estos deben tener la entidad y capacidad de excluir a la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales en referencia a concursos de mérito. Y se refirió en tal sentido argumentando que, en caso de no ser posible lo anterior, es evidente que acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo supondría una carga excesiva que significaría, de por sí, una vulneración a unos derechos fundamentales que, por su naturaleza, requieren siempre de una atención inmediata y eficaz.

Veamos como la anterior tesis ha tenido impacto en las demás Altas Cortes. El Consejo de Estado a través del fallo de tutela número 25000-23-15-000-2010-00386-01 en segunda instancia afirmo que la acción de tutela puede desplazar las acciones ordinarias cuando de concursos de mérito y de posterior nombramiento se tratase, por constituir el único medio protector de derechos constitucionales. Se traslitera lo siguiente:

“la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la “vía” principal de trámite del asunto, en aquellas casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos. Considera la corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta corte ha expresado, que, “para excluir a la tutela en los 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”.

En otro caso en particular, el Consejo de Estado en reiteración de la jurisprudencia constitucional expuso que:

“respecto a la procedencia de la acción constitucional frente a concurso de méritos, la Corte Constitucional ha explicado que el amparo por vía de tutela no es absoluto, sino que esta restringido aquellos eventos relacionados con el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos, en detrimentos de principios de objetividad y buen servicio que en muchas ocasiones se refleja con el desconocimiento de las listas de elegibles para proveer vacantes en la administración pública. Ante la arbitrariedad, la tutela se constituye como el único medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de quien ha resultado lesionado con una conducta de tal entidad”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sostiene una firme tesis sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso de nombramiento de los que están en lista de elegibles. En concreto, en sentencia STC 20877-2017 radicado 76001-22-03-000-2017-00521-02 del 12 de diciembre de 2017, afirmó lo siguiente:

"... aunque línea de principio, esta Sala ha sostenido insistentemente que los ataques contra las manifestaciones de voluntad de la administración debe dirigirse a través de los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sí que le está permitido al Juez Constitucional inmiscuirse en tal vez fuera de competencia, la Corte

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

La anterior tesis fue también sostenida por la Corte Suprema de Justicia en las siguientes Sentencias de tutela: (i) STC 10355-2018 radicado 11001-22-03-000- 2018-01217-01 del 10 de agosto del 2018, y (ir) STC 2353-2018 radicado 52001-22- 13-000-2017-00306-01 del 21 de febrero del 2018⁹ Las mismas son, como se viene diciendo, reiteración de jurisprudencia constitucional. En ellas se utiliza la misma argumentación ya realizada en tanto que se declaró que:

"... tratándose de los procesos de selección de entidades públicas que se realizan mediante concurso de méritos, la jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en que de manera excepcional procede la acción de Amparo si se constata la violación de derechos fundamentales; sin embargo, en tal evento, si los medios ordinarios de defensa previstos en la ley tienen la capacidad de ofrecer una solución integral al menoscabo, pero no con la prontitud que requiere el asunto, tela procederá como mecanismo transitorio hasta que sea resuelto el instrumento del derecho común; en cambio, si los mecanismos existentes en el ordenamiento positivo no están en posibilidad cierta de predial de forma total la vulneración, la protección constitucional debe conseguirse de manera definitiva ..."

Como se muestra, es reiterado por parte de las Altas Cortes que las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos de los que integran la lista de elegibles que no son designados en el cargo pueden y deben ser solventadas vía Acción de Tutela y esta situación permite concluir que, según la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela es un instrumento judicial eficaz e idóneo al que puede acudir una persona que necesite controvertir asuntos relacionados con la provisión de cargos de carrera administrativa de conformidad con los resultados recogidos en las Listas de Elegibles publicadas con razón de

concursos de mérito, y lo es porque esta acción de amparo constitucional no solo tiene como objetivo la garantía de los derechos a la igualdad, Mérito o Debido Proceso, sino porque exige, en añadidura, la debida aplicación del artículo 12510 de la Constitución Política y su desarrollo normativo, Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de mis derechos fundamentales vulnerados a la igualdad, al mérito y al debido proceso, así mismo, coma a los principales de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, y evitar el perjuicio irremediable anotado y desarrollado con precedencia en el presente caso, es la Acción de Tutela ya que, de acudir a las acciones contencioso administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia, eficacia y economía.

Sobre la obligatoriedad de utilización de listas de elegibles para la realización de nombramientos en carrera administrativa. Análisis de las sentencias C - 288 de 2014 y C - 618 de 2015.

Todo lo argumentado anteriormente debe ser interpretado en concordancia con lo analizado por la Corte Constitucional en sentencia C 288 de 2014 en donde se estudio la ley 909 de 2004 en relación con los concursos de mérito, la conformación de las listas de elegibles y la provisión de los cargos de carrera administrativa tras concursos de mérito insistiendo en que cualquier actuación a realizar o decisión a tomar debe ir en concordancia y respeto de los principios de la función pública.

Así, en su mención a la utilización de la lista de elegibles en referencia a lo conceptualizado por la ley, la citada sentencia afirma que: *“Según lo dispuesto en el literal e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la entidad encargada de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles y de remitir a las entidades las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa es la Comisión Nacional del Servicio Civil. Si bien los empleos temporales no son de carrera administrativa, las listas que deben utilizarse para la provisión de estos empleos son las de la carrera administrativa, por lo cual las mismas deberán solicitarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil.”*

Lo cual insiste en la obligatoriedad de la utilización de las listas de elegibles para cubrir cargos de carrera que se encuentren en vacancia temporal o definitiva cuando haya listas vigentes para dicho empleo público, lógicamente dándole el tratamiento oportuno a cada tipo de vacancia.

Ya en su análisis jurídico de la constitucionalidad de la ley 909 de 2004, la citada sentencia profundiza en la finalidad de la utilización del concurso público como herramienta de acceso al empleo dentro del organigrama del Estado, aclarando la Corte que en el caso de que no sea posible realizar concurso de mérito para ocupar vacantes de empleo público, o habiendo quedado vacantes tras la anterior realización de un concurso, la única actuación constitucionalmente legítima sería la de utilizar la listas de elegibles ya que este acto permitiría al Estado no desconocer requisitos esenciales del empleo público como son el mérito y los principios de la función pública. Y lo anterior se haría a través de:

“La medida creada para garantizar el principio de eficiencia de la función pública en circunstancias excepcionales en las cuales no sea posible realizar un concurso público es la creación de un procedimiento especial compuesto de dos (2) fases que se consideran idóneas para garantizar las finalidades pretendidas”

El procedimiento mencionado, lógicamente, sería el de acudir a la utilización de listas de elegibles para la provisión de los cargos vacantes o no ocupados definitivamente, ya que a través del mismo se cumpliría con el: *“... principio de necesidad, en el sentido de que no existen medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados. En este sentido, la alternativa a la realización del concurso es la utilización de la lista de elegibles, la cual se contempla en la propia norma y solamente de manera subsidiaria se podrá realizar el proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos contemplado en la norma...”*

Y de igual modo, al acudir a la utilización de las listas elegibles para la provisión de cargos vacantes se estaría dando cumplimiento a la obligatoriedad de aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual cristaliza, según la Corte Constitucional, en lo siguiente: *“La interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es constitucional, pues permite delimitar la actuación de la administración pública. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros: (i) Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004. (ii) En caso de*

ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad."

Sin embargo, este análisis de constitucionalidad es incompleto si no lo realizamos observando el respeto de derechos fundamentales con efecto en el trabajo como son el, evidente, merito y la igualdad (en sus múltiples vertientes). Así es como la Corte Constitucional profundizo en la necesidad de respetar los principios de la función publica en lo que respecta al acceso a los cargos públicos en su sentencia C - 618 de 2015, en el cual se define el alcance y repercusión de la temporalidad o libre nombramiento y remoción como formas de contratación en el sector público.

De hecho, la Corte Constitucional considera en su análisis del año 2015 que la inobservancia del merito como requisito para la contratación de servidores públicos o su vinculación a la carrera administrativa *"...compromete el respeto debido a los derechos de los trabajadores previstos en el artículo 53 (de la constitución) predicables de los servidores públicos aun sometidos a la temporalidad, y también del derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, establecido en el artículo 40.7 de la constitución..."* y lo hace en contravía de lo que dispone la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, la cual contempla que las personas deben acceder en igualdad a *"...todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción de aquella de sus virtudes o talentos..."*

Profundizando en su análisis del alcance del derecho fundamental a la igualdad, la Corte Constitucional en la precitada providencia expuso que la especificación de la calidad y merito que deben cumplir los candidatos a desempeñar empleo público no es más que una materialización del mismo, especificada a través de su vertiente de la igualdad de trato en forma de que *"...el ingreso a los empleos se debe ofrecer sin discriminación alguna de ninguna índole..."* y permitiéndose por imperativo legal que todos los aspirantes participen de los procesos de selección en igualdad de condiciones, realizándose la selección y clasificación de los mismos por motivos justos y justificados que sirvan como baremo de acreditación de mayores actitudes y aptitudes.

En adicción a lo anterior, la Corte Constitucional considera que la igualdad de oportunidades también debe solidificarse a través de la consolidación de un mismo punto de partida para todos los candidatos a desempeñar un empleo público, confirmándose de este modo que *"las autoridades no pueden otorgar tratos*

preferentes o privados de justificación objetiva” pues estos operarían en contravención ya no solo de los principios de la función pública, sino de los principios constitucionales que se articulan a través de los artículos 40, 53 y 125 de la Constitución Política. Además, aparte de que todos los candidatos puedan participar de un concurso de mérito desde un mismo punto de partida, también se garantiza que los requisitos exigidos sean los mismos para todos sin que sea posible “incluir ítems de evaluación para algunos aspirantes y no para todos” o permitir mecanismos de evaluación o calificación para algunos de los candidatos en detrimento de los utilizados para el resto.

De hecho, sostiene la Corte en su providencia que el desconocimiento del mérito significa la desatención “... de otros contenidos constitucionales, entre los que se encuentran concernientes a los fines del Estado...” entendiendo que cualquier actuación que implique falta de imparcialidad en un proceso de selección vía concurso de mérito, o la inaplicación del mismo en casos de vacancias definitivas, implicará que la función pública no podrá estar al servicio del interés general. Además, apostilla la providencia que esta contravención pone en cuestión la eficiencia y eficacia del servicio público, lo cual entra en sonora colisión con el artículo 209 de la Constitución Política en el que se solidifican los principios de la función pública.

Para finalizar su análisis con respecto de la importancia del mérito en la selección de los servidores públicos, la Corte Constitucional expone en su fallo que todo proceso de mérito debe desarrollarse en respeto de los principios constitucionales y derechos fundamentales, y que toda regulación legal, que venga a desarrollar los citados principios y derechos en respecto de los procesos de selección vía concurso de mérito, debe ser de obligada observancia en concordancia con las normas citadas y sin que sea admisible una aplicación parcial pues podría significar el beneficio de un individuo en perjuicio del resto de ciudadanos, lo cual es inadmisibles en nuestro Estado y un ataque frontal, a nuestro ordenamiento.

PRUEBAS

- Solicito, valorar, los siguientes medios de prueba de carácter documental:
 1. Resolución No. 1932 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en donde quedan 19 personas dentro de esta, el suscrito.
 2. Derecho de Petición de Información presentado por el suscrito.

3. Respuestas al Derecho de Petición.

MANIFESTACION

Manifiesto su señoría, que no he interpuesto ninguna otra acción de tutela sobre los mismos hechos ni pretensiones.

NOTIFICACIONES

Podré ser notificada en las siguientes direcciones de correo electrónico:
felipetrujillo9@hotmail.com

Atentamente,

Edward Felipe Trujillo Barbosa

C.C. No. 1.0.19.021.420 expedida en Bogotá D.C.,