

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SANTA FE DE ANTIOQUIA

Santa Fe de Antioquia, veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA DE TUTELA No. 026

RADICADO	05042-31-89-001-2019-00037-00
PROCEDIMIENTO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE (S)	ROBEIRO ANTONIO SÁNCHEZ NANCLARES
ACCIONADO (S)	MINISTERIO DEL TRABAJO
REFERENCIA	CONCEDE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

1. ASUNTO

Dentro del término establecido por el artículo 86 de la Constitución Política se dicta sentencia de primera instancia en la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por el ciudadano **ROBEIRO ANTONIO SÁNCHEZ NANCLARES** en contra del **MINISTERIO DEL TRABAJO** y a cuyo trámite fueron vinculados a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-**, los funcionarios que ocupan el cargo de **Inspector del Trabajo en provisionalidad** y los demás concursantes al cargo de **INSPECTOR DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**, código 2003, grado 13, código OPEC 34341 de la convocatoria 428 de 2016.

2. HECHOS

El actor efectuó una relación fáctica que admite el siguiente recuento:

Señala que participó en la convocatoria 428 de 2016 adelantada por la CNSC, como aspirante al cargo de **INSPECTOR DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**, código 2003, grado 13, código OPEC 34341, con sede en el Municipio de Medellín. Agrega que una vez superadas todas las etapas del concurso, ocupó el puesto 61 en la lista de elegibles para proveer los 62 cargos, lista conformada por Resolución CNSC-20182120081215 del 9 de agosto de 2018.

Refiere que el acto administrativo mencionado se encuentra en firme desde el 27 de agosto de 2019 y fue debidamente comunicado a la entidad nominadora - **MINISTERIO DEL TRABAJO**-, desde esa fecha, según se desprende de la comunicación publicada en el Banco Nacional de Listas de Elegibles.

Manifiesta que el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, subsección A, por auto del 23 de agosto de 2018, notificado por estado del

27 de agosto, decretó como medida cautelar la suspensión provisional de la actuación administrativa adelantada con ocasión de la convocatoria 428 de 2016. Sin embargo, por auto del 7 de marzo del corriente año la sala plena de lo contencioso administrativo de la mentada corporación resolvió revocar el auto del 23 de agosto de 2018 que decretó la medida cautelar de suspensión de la actuación administrativa. Refiere que el día 14 de marzo de 2019 remitió al MINISTERIO DEL TRABAJO un derecho de petición que al momento de la presentación de la solicitud aún no ha sido contestado.

Dice el actor que una vez levantada la medida de suspensión de la actuación administrativa no existe impedimento para que se proceda con su nombramiento e inclusive, a la fecha se han designado los elegibles hasta el puesto 58, con ocasión de lo ordenado por una sentencia de tutela de segunda instancia, proferida mientras estuvo suspendida la actuación administrativa. Manifiesta que conforme al Decreto 1083 de 2015 su nombramiento en período de prueba debió efectuarse dentro de los 10 días siguientes al envío de las listas de elegibles, esto es, desde el 11 de septiembre de 2018.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, el actor solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, confianza legítima, al trabajo y acceso a cargos públicos y como consecuencia de ello, se ordene al MINISTERIO DEL TRABAJO que en el término de 48 horas, proceda a su nombramiento y posesión en período de prueba en el cargo de Inspector del Trabajo y Seguridad Social, código 2003, grado 13.

3. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La solicitud de tutela presentada el día 3 de abril de 2019, siendo admitida por auto del día 4 del mismo mes y año, ordenándose la vinculación de la CNSC, de los funcionarios que ocupan el cargo de Inspector del Trabajo en provisionalidad y de los demás concursantes al cargo de INSPECTOR DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, código 2003, grado 13, código OPEC 34341 de la convocatoria 428. Durante el trámite rindieron sus informes el Ministerio del Trabajo y CNSC.

3.1 Informe del MINISTERIO DEL TRABAJO.

La asesora jurídica de la entidad rindió informe en el cual señaló que, *grosso modo*, en contravención del artículo 31, numeral 1º de la Ley 909 de 2004, que ordena que la convocatoria a concurso de méritos sea suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el jefe de la entidad u organismo, la CNSC expidió el Acuerdo 20161000001292 del 29 de julio de 2016, el cual no fue suscrito por el Ministerio del Trabajo, convocando a concurso para los cargos del nivel profesional de esa entidad.

Agregó que el Ministerio no cuenta con las apropiaciones presupuestales necesarias para sufragar los gastos que apareja el proceso de selección. A continuación se refirió de manera pormenorizada a las actuaciones adelantadas tendientes a la obtención de los recursos para realizar los respectivos nombramientos.

En lo referente al caso concreto, señaló que no resulta procedente el nombramiento del actor, pues el Acuerdo 20161000001296 del 29 de julio de 2016 adolece de un defecto orgánico, en la medida que se pretermitió la suscripción del acto administrativo por parte del Ministerio del Trabajo. Aseveró que la actuación administrativa en la convocatoria 428 de 2016 fue suspendida por virtud de la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado en el expediente 11001-03-25-000-2017-00326-00 y a pesar de haberse revocado la providencia por auto del 7 de marzo de 2019, no se ha autorizado el uso de las listas elaboradas por la CNSC.

No obstante, a continuación indicó que no es posible realizar el nombramiento del actor por cuanto el término de 10 días de que dispone la entidad para tal efecto quedó suspendido con el decreto de la medida cautelar. Agregó que el acto administrativo que conformó las listas de elegibles ha perdido fuerza ejecutoria a causa de la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado. Agregó que el retiro del servicio de los funcionarios en provisionalidad al nombrarse a quienes conforman la lista de elegibles, generaría en los funcionarios provisionales una afectación de su remuneración y en el evento de declararse la nulidad de la convocatoria 428, a la postre daría lugar a múltiples condenas a cargo de Estado.

Seguidamente, argumentó que la acción de tutela resulta improcedente para resolver controversias sobre derechos de rango legal y en modo alguno puede concebirse como un medio alternativo a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, para lo cual, el ordenamiento jurídico estableció en el artículo 138 CPACA el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con base en lo anterior, deprecó que se declare la improcedencia de la acción de tutela.

3.2 Informe de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

La entidad manifestó la convocaría 428 de 2016- Grupo entidades del orden nacional se adelantó conforme al Acuerdo 20161000001296 de 2016 y los demás acuerdos modificatorios y actualmente se han conformado las listas de elegibles. Informó que el actor ocupa el puesto 61 de la lista para proveer 62 vacantes del cargo de Inspector del Trabajo y seguridad social, código OPEC 34341, lista que fue publicada el día 9 de agosto de 2018 y cobró firmeza parcial el día 27 de agosto de 2018.

Refirió que por auto del 23 de agosto de 2018 el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, decretó como medida cautelar, la suspensión provisional de la actuación administrativa adelantada por la CNSC con ocasión de la convocatoria 428 de 2016 pero únicamente en lo que respecta al Ministerio del Trabajo. Posteriormente, por auto del 7 de marzo de 2019 la misma corporación revocó la providencia del 23 de agosto y en consecuencia, se reanudaron los términos del proceso de selección.

Manifiesta que el aspirante tiene un derecho a ser nombrado en período de prueba conforme al Decreto 1083 de 2015, máxime que la suspensión del proceso de selección no afectaba las listas de elegibles que ya se encontraban en firme. Entonces,

una vez agotadas las distintas etapas del proceso de selección y conformadas las listas de elegibles, la administración expide un acto administrativo de contenido particular que crea derechos singulares en cabeza de quienes la conforman.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Competencia

En los términos del artículo 86 de la Constitución política y de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, es competente este Despacho para resolver de esta acción de tutela en razón del lugar donde ocurre la vulneración alegada.

4.2 Problema jurídico

Corresponde en esta oportunidad al despacho determinar si se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, confianza legítima, al trabajo y acceso a cargos públicos de un ciudadano que figura en la lista de elegibles de aspirantes al cargo de Inspector del Trabajo y pese a que la lista se encuentra en firme, no ha sido designado en el cargo por el MINISTERIO DEL TRABAJO, argumentando la entidad la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que conformó la lista.

Para resolver este problema jurídico se esbozará (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en concursos de mérito; (ii) la igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; (iii) el acto de convocatoria como norma que regula el concurso de méritos, para abordar así el análisis del caso. Previamente se realizará un examen de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto.

4.3 Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

La acción de tutela es el mecanismo excepcional de protección de derechos fundamentales previsto por el Constituyente. Por ello, no resulta en principio procedente para controvertir actos administrativos, puesto que para ello el legislador ha previsto los recursos en el proceso administrativo (cap. VI, título. III parte I, Ley 1437/11) y los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Título III, parte II, Ley 1437/11). Excepcionalmente, la acción de tutela puede resultar procedente en contra de actos administrativos cuando el actor carece de medios de defensa judiciales o administrativos de sus derechos fundamentales o bien, cuando existiendo, estos no son idóneos para conjurar la amenaza o vulneración sobre aquellos, caso en el cual debe formularse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el tema concreto de los concursos de mérito, nada distinto ha establecido la Corte Constitucional:

“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 para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: “en materia de 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.

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.

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.”¹

4.4 La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa.

El concurso de mérito es un mecanismo que asegura el acceso de los ciudadanos a los cargos públicos y por contera, garantiza el derecho fundamental al trabajo. además, el sistema de carrera tiene como fin primordial la consecución del principio de igualdad, mediante la exigencia de requisitos homogéneos de formación académica y profesional a todas las personas que aspiren a acceder a un cargo público, sin discriminación alguna, con ello se pretende además la eliminación del clientelismo en la selección del personal que debe cumplir las funciones estatales. Así lo ha señalado el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional:

¹ Sentencia T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“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.

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.”²

Para asegurar el cumplimiento de los objetivos del concurso de méritos es menester que en el proceso se observen las garantías fundamentales que componen el debido proceso y en tal medida, han de agostarse cada una de las etapas que conforman el concurso:

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso, 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”.

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. 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.

² Sentencia T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

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.”³.

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

El concurso de méritos es el instrumento que estableció el constituyente en el artículo 125 superior para el acceso objetivo y en condiciones de igualdad a los empleos públicos y dado que el proceso de selección debe observar el debido proceso, es necesario que las reglas que establecen los requisitos de acceso a los empleos y determinan el trámite del concurso sean inmodificables salvo que contraríen la Constitución o Ley. Se dice entonces que el acuerdo que da inicio a la convocatoria es la *Ley del concurso*, en tal medida, los aspirantes deben satisfacer todos los requisitos exigidos por la norma y aprobar cada una de las etapas del proceso de selección. Pero además, las autoridades encargadas del proceso, no pueden exigir a los aspirantes más que aquello establecido en el acuerdo respectivo:

“Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso, 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. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

(6) *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

³ *Ibidem.*

han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa.

(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. 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.

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 a aquel so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.”⁴

4.6 Las listas de elegibles son actos administrativos de contenido particular y concreto de los cuales se derivan derechos para sus integrantes.

Una vez aplicadas las pruebas establecidas por el acto administrativo que convocó al concurso y en firme las reclamaciones realizadas por los concursantes, compete a la CNSC elaborar las listas de elegibles en estricto orden de mérito y de esta forma establecer cómo se cubrirán las vacantes ofertadas (Art. 31, núm. 4 Ley 909 de 2004). En este punto del proceso de selección, la Corte Constitucional ha manifestado que aquellas personas que integran la lista no tienen una mera expectativa sino un derecho adquirido a ser nombrados en el cargo atendiendo al lugar ocupado en la lista y el número de vacantes a proveer:

“En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.

Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó

⁴ *Ibíd.*

satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente.

La lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.

(...)

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)". A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado."⁵

Una vez en firme la lista de elegibles, la situación jurídica creada por el acto administrativo que la adopta se torna inmodificable salvo que sea impugnado por vía jurisdiccional. En los anteriores términos, la firmeza de la lista de elegibles apareja una obligación correlativa a cargo de la entidad nominadora de proceder con los nombramientos en período de prueba atendiendo a las previsiones del artículo 31 numeral 5 de la Ley 904 de 2004.

6. CASO CONCRETO

El ciudadano ROBEIRO ANTONIO SÁNCHEZ NANCLARES ha formulado acción de tutela en contra del MINISTERIO DEL TRABAJO, al considerar que la entidad vulnera sus derechos fundamentales al abstenerse de nombrarlo en período de prueba en el cargo de INSPECTOR DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, código 2003, grado 13, código OPEC 34341. Señala que participó en la Convocatoria 428 de 2016 Grupo entidades del orden nacional, iniciada por la CNSC; que aprobó las pruebas realizadas en el proceso de selección y actualmente se encuentra en firme la lista de elegibles, pues la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado y por virtud de la cual se dispuso la suspensión de la actuación administrativa, fue revocada.

A su turno, el MINISTERIO DEL TRABAJO señaló que el acto administrativo que convocó al concurso de méritos adolece de un defecto orgánico en tanto se omitió dar cumplimiento al artículo 31, numeral 1 de la Ley 909 de 2004, pues el Acuerdo 2016000001296 del 29 de julio de 2016 no fue suscrito por ese Ministerio. Agregó que tampoco cuentan con las apropiaciones presupuestales necesarias para proceder

⁵ Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

con los nombramientos y que el acto que conformó la lista de elegibles ha perdido fuerza ejecutoria a causa de la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado.

Por otra parte, la CNSC manifestó que la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado fue revocada y por tanto, se han reanudado los términos del proceso de selección, razón por la cual el MINISTERIO DEL TRABAJO debe proceder a los nombramientos con base en las listas de elegibles en tanto el acto administrativo que conforma las listas contiene un derecho cierto en favor de cada uno de sus integrantes.

Se procede en primer lugar con examen de procedibilidad en caso concreto.

6.1 Examen de procedibilidad.

Como se indicó en precedencia, la acción de tutela es un medio de defensa excepcional y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y tratándose de concursos de mérito esta regla no se excepciona. En tal medida, la acción constitucional sólo se muestra procedente en ausencia total de medios de defensa o bien, cuando existiendo estos, i) no resultan eficaces para hacer cesar el agravio o ii) cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, circunstancias que han de evaluarse en cada caso.

Ahora bien, obra a folio 24 y siguientes del expediente Resolución CNSC 20182120081215 del 9 de agosto de 2018, por medio de la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 62 vacantes del cargo de INSPECTOR DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, código 2003, grado 13, código OPEC 34341. En el artículo primero de este acto administrativo figura el accionante en el puesto número 61 de lista y en el artículo sexto se indica que la lista tendrá una vigencia de dos años contados desde la fecha en que quede en firme.

De acuerdo con el informe rendido por la CNSC, la lista de elegibles quedó en firme el 27 de agosto de 2018 y de acuerdo con el Artículo 31, numeral 4 de la Ley 909 de 2004, la vigencia de esta se extendería hasta el 27 de agosto de 2020 y solamente en este período podría llevarse a efecto el nombramiento del actor en el cargo.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, considera el despacho que los mecanismos ordinarios de defensa judicial no ofrecen la eficacia y rapidez que amerita la protección de los derechos fundamentales. En efecto, podría el actor esperar que sea decidida la demanda de nulidad que cursa en contra del acuerdo de la convocatoria 428 de 2016 ante el Consejo de Estado bajo el radicado 1101-03-25-000-2017-00326-00 y en el evento de resolverse desfavorablemente la pretensión de nulidad, se procediera a su nombramiento.

También podría elevar una petición en la forma establecida por los artículos 13 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, para que se proceda con el nombramiento y siendo negativa la respuesta, demandar ese acto con base en el medio de control de nulidad y restablecimiento del

derecho y en tal evento, sea el Juez Administrativo quien ordene su nombramiento en el cargo.

Sin embargo, los medios de defensa con que cuenta el actor no ofrecen la eficacia suficiente para hacer cesar la vulneración alegada por él en razón del excesivo lapso que transcurriría hasta que decidieran de fondo las demandadas. En efecto, el proceso de nulidad que cursa en contra del acuerdo de la convocatoria 428 de 2016 ante el Consejo de Estado bajo el radicado 1101-03-25-000-2017-00326-00 ni siquiera ha superado la etapa inicial pese a haberse incoado desde hace exactamente dos años, según se aprecia en el sistema de consulta de procesos siglo XXI de la Rama Judicial⁶ y por tanto, es previsible que a agosto de 2020 aún no se hayan agotado las fases de instrucción y juzgamiento.

Por otra parte, en el evento de formularse por el actor una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la negativa del Ministerio a proceder con su designación, mínimamente el proceso se extenderá por más de dos años y como consecuencia de ello, la lista de elegibles de la que hace parte perdería vigencia. En tal medida, se considera procedente la acción de tutela ante la ineficacia de los medios ordinarios de defensa para conjurar el agravio denunciado.

6.2 Vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, el trabajo y acceso a cargos públicos del accionante.

El concurso de méritos se compone de múltiples etapas que se agotan de manera coordinada y escalonada y en la cual intervienen tanto la CNSC como la entidad nominadora. Tales fases se describen de manera general en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 de la siguiente forma:

- a) Convocatoria: Que se realiza a través de acto administrativo que debe ser suscrito por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo y se establece como la Ley del concurso y que resulta de obligatorio acatamiento para la administración y los concursantes.
- b) Reclutamiento: Que tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.
- c) Pruebas: Son los instrumentos de selección que propenden establecer 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.
- d) Lista de elegibles: Son elaboradas por la CNSC con base en los aspirantes que cumplieron los requisitos para acceder al empleo y además, superaron las distintas pruebas del proceso de selección. El nombramiento se realiza por la entidad nominadora en estricto orden de mérito. Las listas tienen una vigencia de dos (2) años.

6

- e) Período de prueba. Etapa durante la cual se evalúa el desempeño del empleado y una vez obtenida calificación satisfactoria, se adquieren los derechos de carrera.

Además, el acto administrativo que dé inicio a la convocatoria indicará de manera pormenorizada las pruebas que se practicarán, los cargos ofertados, así como los requisitos para cada empleo. A partir de la general descripción del concurso de méritos que acaba de apuntarse, se desprende que luego de conformada la lista de elegibles y una vez esta cobra firmeza, la actuación administrativa subsiguiente corresponde al nominador, quien debe nombrar y dejar en posesión al concursante y evaluarlo durante el período de prueba. Así se previó en los artículos 56 y 59 del Acuerdo CNSC 20161000001296 del 29 de julio de 2016, por medio del cual se dio apertura a la Convocatoria 428 de 2016- Grupo de entidades del orden nacional, que se itera, es la Ley del concurso.

Ergo, el MINISTERIO DEL TRABAJO argumenta que no es posible el nombramiento del accionante en tanto el acto administrativo que conformó la lista de elegibles ha perdido fuerza ejecutoria con ocasión de la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado (Fl. 85) y además, el acto de convocatoria adolece de defectos de legalidad, pues no fue suscrito por el MINISTERIO sino sólo por la CNSC en contravención al artículo 31, numeral 1 de la Ley 909 de 2004.

En relación con el primer asunto, es necesario precisar que por auto del 23 de agosto de 2018 la sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A del Consejo de Estado, decretó como medida cautelar a cargo de la CNSC la suspensión provisional de la actuación administrativa adelantada con ocasión de la Convocatoria 428 de 2016 hasta tanto se profiera sentencia (Fl. 36-44). No obstante, por auto del 7 de marzo 2019, la sección segunda de la misma corporación, al resolver el recurso de súplica interpuesto contra la providencia que decretó la medida decidió ***“REVOCAR el auto de 23 de agosto de 2018, por el cual se decretó la suspensión provisional de la actuación administrativa que adelanta la CNSC con ocasión de la Convocatoria 428 de 2016 para proveer los empleos vacantes de 13 Entidades del Sector Nación”***.

Entonces, no es cierto, como lo aduce el MINISTERIO, que el acuerdo que conformó la lista de elegibles haya perdido fuerza ejecutoria como lo dispone el artículo 91, numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷, pues la medida cautelar que ordenó la suspensión de la actuación fue levantada y por tanto, el acto administrativo continúa produciendo plenos efectos. Tampoco acierta el MINISTERIO DEL TRABAJO cuando afirma que no ha recibido ninguna orden para hacer uso de las listas, en tanto la ejecución de los actos administrativos sin mediar autorización u orden de otra autoridad es un

⁷ *“Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo...”

mandato de orden legal contenido en el artículo 89 CPACA que únicamente cesa temporal o definitivamente cuando el acto es suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo o se declara su nulidad, respectivamente.

Por otra parte, en relación con los defectos en la legalidad del acto de convocatoria por no haber sido suscrito de manera conjunta por el presidente de la CNSC y el MINISTRO DEL TRABAJO, baste decir que el artículo 88 del CPACA contiene una presunción de legalidad de los actos administrativos la cual se mantiene incólume hasta tanto el acto no sea anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa:

“Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”

Además, debe recordarse que la acción de tutela no es el escenario judicial para ventilar argumentos sobre la ilegalidad de actos administrativos -cuestión que por demás no ha resuelto el Juez competente-, pues esta acción constitucional fue instituida exclusivamente como un mecanismo de protección reforzada para los derechos fundamentales y por tanto, la discusión planteada por el MINISTERIO es ajena a su naturaleza. Lo cierto es que a la fecha el acto de convocatoria y los demás expedidos por la CNSC durante el proceso de selección se presumen válidos y en consecuencia, la lista de elegibles conformada por Resolución CNSC 20182120081215 del 9 de agosto de 2018 está vigente y goza de plena fuerza ejecutoria.

Adicionalmente, la lista se encuentra en firme y ya han transcurrido los diez (10) días de que dispone el MINISTERIO DEL TRABAJO para proceder con los nombramientos en estricto orden de mérito conforme al artículo 32 del Decreto 1227 de 2005. En efecto, la providencia que ordenó el levantamiento de la medida cautelar fue notificada por estado el día 12 de marzo de 2019, quedando ejecutoriada el día 15 del mismo mes y año. Entonces, los nombramientos debían efectuarse a más tardar el día 1º de abril de 2019. Sin embargo, con base en el informe rendido por el MINISTERIO DEL TRABAJO durante este trámite constitucional, se denota una clara intención de la entidad de no proceder en tal sentido.

Ahora bien, este despacho considera que la actuación desplegada por el MINISTERIO DEL TRABAJO al negarse a proceder con el nombramiento del actor, quien figura en una lista de elegibles en firme y se encuentra dentro del número de vacantes a proveer (puesto 61 de 62 vacantes), que aprobó todas las etapas del proceso de elección y por tanto, es titular de un derecho subjetivo exigible a ser nombrado en el cargo de INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, lesiona sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y acceso a cargos públicos.

En efecto, ya se advirtió que de la lista de elegibles en firme se deriva para sus integrantes un derecho subjetivo cierto a ser nombrado y no sólo una mera expectativa:

“En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.

Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente.”⁸

Por supuesto el nombramiento en el respectivo empleo público no sólo materializa el derecho fundamental a acceder a cargos públicos, pues de nada serviría concursar si nunca se produce el nombramiento, sino que además, satisface el derecho al trabajo como lo ha advertido la Corte Constitucional:

“...el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión.”⁹

Es por lo anterior que se consideran vulnerados los derechos fundamentales al trabajo y el acceso a cargos públicos, pues pese a no existir impedimento legal, el MINISTERIO DEL TRABAJO se ha sustraído de cumplir su obligación de proveer los cargos. Adicionalmente, se vulnera el debido proceso del actor en tanto la actuación administrativa concluida, en este caso el concurso de méritos, le ha conferido un derecho subjetivo que la autoridad accionada se ha negado a materializar.

La conducta del MINISTERIO no sólo es lesiva para los derechos fundamentales del actor sino que además impide, de forma injustificada, la provisión del cargo a través del mecanismo dispuesto por el constituyente primario en el artículo 125 de la Carta Política, es decir, mediante el concurso de méritos. Esta forma de provisión se encuentra en plena consonancia con el régimen político adoptado por la sociedad colombiana -democracia participativa-, en la medida que privilegia el mérito, entendido como las habilidades intelectuales, profesionales o técnicas del aspirante y

⁸ Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹ Corte Constitucional, sala sexta de revisión, sentencia T.-257 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

asegura que los cargos se provean con personal idóneo a la par que contribuye a contrarrestar el clientelismo en la conformación del poder público.

Finalmente, considera el despacho que la insuficiencia presupuestal a que alude la entidad no es razón suficiente para denegar el acceso al cargo al accionante, menos aun cuando no se particulariza la incidencia de este tema en el nombramiento en particular del accionante, teniendo presente que el cargo sí existe pero es ocupado actualmente en provisionalidad.

Además, llama la atención del despacho que en esta acción de tutela el MINISTERIO DEL TRABAJO haya formulado oposición a las pretensiones del acto, cuando esa misma entidad por resolución 06825 del 21 de marzo de 2019¹⁰, allegada por el accionante, procedió con el nombramiento en período de prueba de 7 aspirantes en el cargo de Inspector del Trabajo y Seguridad Social de la Dirección territorial Chocó. En la parte considerativa del acto administrativo se enuncia que con ocasión del levantamiento de la medida cautelar dentro del proceso de nulidad con radicado 1101-03-25-000-2017-00326-00, es procedente hacer uso de las listas conformadas por la CNSC mediante Resolución CNSC 20182120081435 del 9 de agosto de 2018 y continuar con los nombramientos. En estos términos, también se atisba una vulneración del derecho fundamental a la igualdad del actor en tanto se encuentra en circunstancias muy similares a aquellos aspirantes que ya fueron nombrados y no existe un criterio de diferenciación que justifique un trato distinto.

Por las razones que vienen de exponerse y advertida la vulneración de los derechos fundamentales de actor, se concederá la protección constitucional solicitada y se ordenará al MINISTERIO DEL TRABAJO que proceda con el nombramiento del señor SÁNCHEZ NANCLARES en el cargo INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Código 2003, Grado 13, código OPEC 34341. En efecto, el actor ocupa la posición 61 en la lista de elegibles para proveer 62 vacantes y por tanto, no se encuentra óbice para su nombramiento.

Empero, el actor manifiesta en el hecho décimo segundo de la solicitud de tutela, que a la fecha el MINISTERIO ha nombrado a los elegibles hasta el puesto 58 pese a que en el auto admisorio el despacho requirió al MINISTERIO para que informara *“cuántos nombramientos ha efectuado con base en la lista de elegibles conformada por la Resolución CNSC 20182120081215 del 9 de agosto de 2018”* y *“qué posición ocupaban las personas designadas en la lista de elegibles”*. Frente a tal omisión el despacho presume que la lista de elegibles aún se mantiene con concursantes que cuentan con una mejor posición que el actor y en tal medida, se ordenará que su nombramiento se realice en estricto orden de mérito, precisando eso sí, que la designación del señor SÁNCHEZ se llevará a efecto en un término no mayor a 5 días.

¹⁰ “Por la cual se efectúan nombramientos en período de prueba y se dan por terminado (sic) unos nombramientos en provisionalidad”

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PROMISCO DE CIRCUITO DE SANTA FE DE ANTIOQUIA**, administrando Justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: CONCEDER la protección constitucional invocada por el ciudadano **ROBEIRO ANTONIO SÁNCHEZ NANCLARES**, identificado con cédula 15'407.028, por las razones que vienen de exponerse.

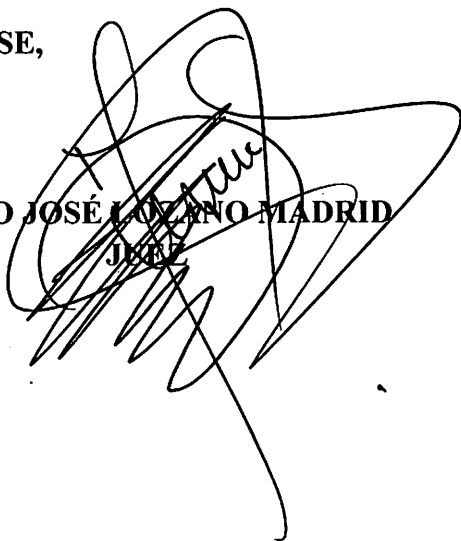
SEGUNDO: ORDENAR al MINISTERIO DEL TRABAJO que en el término máximo de cinco (5) días proceda a efectuar el nombramiento del ciudadano **ROBEIRO ANTONIO SÁNCHEZ NANCLARES** en el cargo de INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Código 2003, Grado 13, código OPEC 34341, en estricto orden de mérito.

TERCERO: Se **ORDENA** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** la publicación de esta providencia en la página web de la Convocatoria No. 428 de 2016-Grupo de entidades del orden nacional y al **MINISTERIO DE TRABAJO** para que proceda en igual sentido publicando la providencia en su página web para que los vinculados puedan formular sus recursos.

CUARTO: De no ser impugnada esta providencia, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para efectos de su revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MARIO JOSÉ LOZANO MADRID

A large, stylized handwritten signature in black ink, overlapping the printed name below it. The signature is highly cursive and difficult to decipher, but appears to be the name of the official.