

4

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Magistrada: Bertha Lucy Ceballos Posada
Radicación: 110013335016-2019-00084-01
Accionante: Jenneth Natalia Delgado Castañeda
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, INVIMA
Derechos: Trabajo, igualdad, debido proceso.

**ACCIÓN DE TUTELA
(Sentencia de segunda instancia)**

1. La Sala resuelve la impugnación interpuesta por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INVIMA, contra la sentencia proferida el 11 de marzo de 2019, por el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., que amparó los derechos fundamentales de la accionante.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud de tutela

2. La señora Jenneth Natalia Delgado Castañeda se presentó a la convocatoria No. 428 de 2016 para el empleo OPEC 42009, en el cargo de Profesional Especializado, Grado 18 del INVIMA, en el cual ocupó el tercer lugar, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. CNSC-20182110110025 del 15 de agosto de 2018, la cual quedó en firme el 27 de agosto pasado.

3. Explicó que la entidad accionada, se negó a adelantar su posesión de en el cargo de la referencia, en consideración a que el Consejo de Estado suspendió provisionalmente la convocatoria 428 de 2016.

4. Por lo anterior, formuló las siguientes pretensiones:

1. Solicito al Despacho amparar mis derechos fundamentales (sic) ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA, IGUALDAD, TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS, DEBIDO PROCESO, conforme lo establecido en los diferentes pronunciamientos judiciales que se citaron.
2. Que en concordancia con lo anterior, se ordene al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos "INVIMA" que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, realice las actuaciones pendientes para mí nombramiento y posición de prueba en el cargo de carrera de Profesional Especializado Código 2028 Grado 18, conforme la lista de elegibles conformada con RESOLUCIÓN No. CNSC-

Radicación: 110013335016-2019-00084-01
Accionante: Jenneth Natalia Delgado Castañeda
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, INVIMA

20182110110025 de 15 de agosto de 2018, la cual se encuentra en firme y generó los derechos fundamentales deprecados.

2. Trámite procesal

5. La solicitud de tutela fue presentada el 26 de febrero de 2019 ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, y fue asignada por reparto al Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. (fl. 56 c.2).

6. El 28 de febrero de 2019, el Juzgado admitió la tutela (fl. 58 c.2). El INVIMA y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC rindieron informe el 04 de marzo siguiente (fls. 63 a 74 y 161 a 163 c.2).

7. La sentencia de primera instancia fue expedida el 11 de marzo de 2019 (fls. 196 a 202 c.2), notificada el 12 de marzo siguiente (fls. 203 a 208 c.2) e impugnada el 13 de marzo por la tercera interesada y por el INVIMA (fls. 211 a 223 c.2), cuyo reparto correspondió al despacho sustanciador.

3. Oposición

3.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

8. Manifestó que la Convocatoria N° 428 de 2016, es un concurso abierto de méritos para proveer vacantes definitivas en las plantas de personal de 18 entidades del Orden Nacional y para tal efecto se expidió el Acuerdo N° 20161000001296 del 29 de julio de 2016 y fue modificado por los Acuerdos N° 2017100000086 del 1 de junio de 2017 y N° 2017100000096 del 14 de junio de 2017, que establecen los lineamientos para llevar a cabo la convocatoria.

9. Realizó un recuento del desarrollo de la convocatoria No. 428 de 2016 – INVIMA, en la cual participó la accionante, quien en efecto ocupó el tercer lugar para el empleo al que se presentó.

10. Respecto de la suspensión de la convocatoria por parte del Consejo de Estado, se notificó el 27 de agosto de 2018 a la CNSC, pero se aclaró el 6 de septiembre de 2018 en el sentido que la medida cautelar de suspensión provisional hacía referencia solo al Ministerio del Trabajo.

11. No obstante, el Consejo de Estado el 6 de septiembre de 2018 dispuso suspender la Convocatoria N° 428 de 2016 para ciertas entidades nacionales, entre ellas el Ministerio del Interior.

12. Afirmó que la CNSC mediante criterio unificado, el 11 de septiembre de 2018 dispuso que todas las listas de elegibles que cobraron firmeza con anterioridad a la notificación de una medida cautelar, se constituye para

Radicación: 110013335016-2019-00084-01
Accionante: Jenneth Natalia Delgado Castañeda
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, INVIMA

los elegibles en situación de mérito y un derecho cierto para ser nombrados en período de prueba.

13. Concluyó que respecto de las pretensiones de la tutela, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, cumplió a cabalidad las reglas del concurso hasta la expedición de las listas de elegibles y las etapas posteriores a que se configuran esas listas, involucran a cada entidad de manera independiente.

3.2. Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA

16. Explicó las condiciones propias de la suspensión de la convocatoria No. 428 de 2016 por parte del Consejo de Estado, que no permitían a la administración realizar algún nombramiento de los aspirantes que conforman la lista de elegibles pues sobre la misma pesa una orden judicial que lo imposibilita .

17. Agregó que previo a la notificación de la lista de elegibles, mediante circular N° 1000-0064-18 del 28 de agosto de 2018 y circular No. 1000-0083-18 del 12 de septiembre siguiente, comunicó a los aspirantes de la Convocatoria N° 428 de 2016 que como entidad que hace parte de la mencionada convocatoria, acoge la decisión del Consejo de Estado y no generara acciones administrativas hasta tanto dicha Corporación no resuelva de fondo.

18. Por último, solicitó negar las pretensiones y se le desvincule por no haber vulnerado derecho fundamental alguno, pues solo ha obrado conforme a estricto cumplimiento de una orden legal.

4. Medios de prueba

16. En el expediente obra copia simple de los documentos referentes a la Convocatoria 428 de 2016, específicamente sobre la participación de la señora Delgado Castañeda.

5. La sentencia impugnada

17. El *a quo* accedió a la solicitud de tutela pues consideró que la suspensión de la Convocatoria 428 de 2018, por parte del Consejo de Estado se emitió únicamente respecto del Ministerio del Trabajo por lo cual sus efectos no pueden aplicarse al caso concreto, sumado a que la firmeza de la lista de elegibles para el cargo al cual se presentó la accionante quedó en firme con anterioridad a que esa Corporación decidiera la medida provisional.

18. Como consecuencia de lo anterior resolvió:

Radicación: 110013335016-2019-00084-01

Accionante: Jenneth Natalia Delgado Castañeda

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, INVIMA

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la ciudadana JENNETH NATALIA DELGADO CASTAÑEDA, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA, que dentro de un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación des esta providencia, proceda con el trámite correspondiente a la producción del acto de nombramiento en periodo de prueba, según corresponda y previa verificación de los requisitos para vinculación y nombramiento, de la señora JENNETH NATALIA DELAGADO CASTAÑEDA correspondiente al empleo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 18 del Sistema General de Carrera de esa entidad, ofertada a través de la convocatoria No. 428 de 2016 – Grupo de Entidades del Orden Nacional.

6. La Impugnación

19. La la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INVIMA reiteró los argumentos presentados con el informe de tutela (fls. 213 a 222 C.2).

Igualmente la señora Sandra Patricia Rodríguez Cuenca impugnó la sentencia de primera instancia, e indicó que al existir una medida cautelar decretada por el Consejo de Estado, el INVIMA no está facultado para adelantar el nombramiento solicitado (fl. 212 C.2).

II. CONSIDERACIONES

20. La Sala decide la impugnación en ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y numeral 1 del Decreto 1382 del 2000, pues la acción se dirigió contra una autoridad pública del orden nacional.

1. Asunto a resolver

22. Corresponde establecer si se vulneraron los derechos fundamentales de la señora Jenneth Natalia Delgado Castañeda por la negativa del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y de Alimentos de efectuar el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante en el para el empleo OPEC 42009, en el cargo de Profesional Especializado, Grado 18 luego de ocupar el tercer lugar en un concurso de méritos de la Convocatoria No. 428 de 2016, para proveer un cargo en esa entidad.

23. De ser procedente, se verificará si la accionante debe ser nombrada, cuando el registro de elegibles adoptado por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Resolución No. CNSC-20182110110025 del 15 de agosto de 2018, quedó ejecutoriado antes de que el Consejo de Estado

decretara la suspensión de la actuación administrativa de la convocatoria en mención.

2. El caso concreto

2.1. La procedencia de la tutela

24. Una de las razones de la impugnante se refiere a que el *a quo* negó la tutela, a pesar de que se le puede generar un perjuicio irremediable, en la medida de que la lista de elegibles, que se encuentra en firme, puede perder vigencia.

25. Sobre el particular, se recuerda que el artículo 86 de la Constitución Política prevé que la acción de tutela como mecanismo constitucional, busca proteger los derechos fundamentales, la cual se caracteriza por su carácter residual y subsidiario. Esto significa que sólo procederá cuando la persona interesada no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.¹

26. Igualmente, la Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela es improcedente para la protección de derechos que resulten amenazados o vulnerados por la expedición de actos administrativos², pues para ello existen diferentes medios de control a través de los cuales se puede controvertir su legalidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa³, en la cual se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto⁴.

27. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela resulta procedente excepcionalmente contra actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos:⁵

¹ De acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, "[l]a acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será aplicada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

² Corte Constitucional Sentencias T-514 de 2003, T-435 de 2005 y T-368 de 2008.

³ Sentencia T-629 de 2008.

⁴ Respecto a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, la Corte en la sentencia T-1231 de 2008 señaló: "Cuando se trata de solicitudes de amparo relacionadas con actos administrativos, esta Corporación ha precisado la impertinencia de la acción del amparo constitucional. Ello porque la vía para impugnar dichos actos es la contenciosa administrativa y dado el carácter subsidiario de la tutela ésta resultaría improcedente, excepto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

⁵ SU 553 de 2015, MP: Mauricio González Cuervo.

Radicación: 110013335016-2019-00084-01

Accionante: Jenneth Natalia Delgado Castañeda

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, INVIMA

(...) 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.

28. Igualmente, la Corte Constitucional adujo que constituye un riesgo y un eventual perjuicio irremediable para quien aspira a ocupar un cargo, que la lista de elegibles pierda vigencia:⁶

2.5.1.5. Además de lo anterior, la Corte señaló que la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia y, como consecuencia de ello, no pueda garantizarse la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.

29. Entonces, como los anteriores presupuestos se adaptan al caso concreto esta sala procederá a analizar los argumentos de la impugnación.

2.2. Sobre la lista de elegibles y el derecho adquirido en un concurso de méritos

30. La impugnante sostuvo que debe efectuarse su nombramiento al haber obtenido el tercer lugar en un concurso de méritos, lo cual constituye un derecho adquirido.

31. Al respecto, la sala encuentra que la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Resolución No. CNSC-20182110110025 del 15 de agosto de 2018, conformó la lista de elegibles, para proveer el empleo de carrera con el empleo OPEC 42009, en el cargo de Profesional Especializado, Grado 18 del INVIMA que fue ofertado en la Convocatoria No. 428 de 2016, en cuyo orden de elegibilidad la accionante, ocupó el tercer puesto, con 80.02 puntos (fls. 9 y 10 c. 2).

32. La Comisión Nacional del Servicio Civil comunicó al INVIMA la firmeza de la lista de elegibles, con el fin de que procediera a realizar el respectivo nombramiento en periodo de prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015⁷.

⁶ Idem

⁷ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Radicación: 110013335016-2019-00084-01
Accionante: Jenneth Natalia Delgado Castañeda
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, INVIMA

33. Por otro lado, la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, profirió auto interlocutorio O-283-2018 el 6 de septiembre de 2018, en el que ordenó suspender la convocatoria en cita. Pero esa decisión fue revocada el 07 de marzo siguiente, cuando se dispuso:

PRIMERO.- 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.

34. Así las cosas, el Consejo de Estado levantó definitivamente la suspensión de la actuación que fuera definida con el acto administrativo que otorgó el derecho adquirido del accionante,⁸ pues conformó la lista de elegibles que incluso, cobró firmeza antes del decreto de la medida cautelar.

ARTÍCULO 2.2.6.21 Envío de lista de elegibles en firme. "En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles."

⁸ Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T – 402 del 31 de mayo de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó:

La jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera coincidente 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". Por otro lado, ha establecido que "aquél 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."

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 (...).

La situación descrita, según la Corte, también "equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior"

A su vez, la jurisprudencia constitucional también ha aclarado que las listas de elegibles que han cobrado firmeza son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que protege a los participantes en estos procesos.

De allí que la Corte haya concluido que "(...) se ha reconocido el derecho constitucional que tienen, quienes integran una lista de elegibles, a ser nombrados en el orden que ésta establece. En tal sentido, esta Corporación ha señalado que este derecho guarda relación directa con la finalidad del sistema de carrera, en la medida que garantiza la regla general del artículo 125 constitucional que establece que la provisión de cargos del Estado sea efectuada con quienes demuestren que tienen mérito y las más altas condiciones para acceder a ellos. (...) Por lo anterior, el concursante que ocupe el primer puesto, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás en orden descendente. Por tal razón las entidades nominadoras deberán respetar el orden de la lista y dar prevalencia a quien ocupe el primer puesto. Una decisión contraria, sólo se justifica en la

Radicación: 110013335016-2019-00084-01

Accionante: Jenneth Natalia Delgado Castañeda

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, INVIMA

35. Lo anterior implica que la entidad debe proveer el cargo de carrera que ofertó, para garantizar el principio del mérito previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional, *cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.*⁹

36. Sobre el tema, esta sala ha sostenido en casos similares¹⁰:

En este orden, es importante reiterar la actora ya no cuenta con una simple expectativa de ser nombrada sino que en realidad es titular de un derecho adquirido, comoquiera que ocupó el segundo lugar de la lista en el proceso de selección de dos vacantes ofertadas.

Además, recuerda la Sala que, la Jurisprudencia Constitucional ha destacado que entran dentro del ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos: (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima a una persona que ocupen un cargo público¹¹.

Así, para la Sala, el derecho fundamental de acceso a cargos públicos de la accionante está siendo vulnerado con la conducta del Ministerio de Justicia y del Derecho, teniendo en cuenta que **la lista de elegibles fue publicada el 16 de agosto de 2018, y mediante oficio del 27 de agosto de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil comunicó su**

medida en que se fundamente en razones objetivas relacionadas con la idoneidad de quien aspira a ocupar un cargo, ya sea por sus antecedentes penales, disciplinarios o de comportamiento laboral o profesional, pese a los resultados del concurso."

Bajo esa perspectiva, la Corte estima que los actos administrativos que determinan las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración.

⁹ SU-446 de 2011, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 29 de noviembre de 2018. Exp. 11001333500920180040601 M.P. Alfonso Sarmiento Castro. Reiterado por esta sala en sentencia del 10 de diciembre de 2018, expediente 110013335012-2018-00534-01, MP: Bertha Lucy Ceballos Posada.

¹¹ Ver al respecto, Corte Constitucional, sentencia SU-339 del 4 de mayo de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Radicación: 110013335016-2019-00084-01
Accionante: Jenneth Natalia Delgado Castañeda
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, INVIMA

firmeza, esto es, antes de emitida la providencia del Consejo de Estado que suspendió la Convocatoria No. 428 de 2016, sin que evidencie este Tribunal que hubiera suspendido el acto administrativo de carácter particular que reconoció derechos a la accionante.

37. Por lo anterior, la sala confirmará la sentencia de primera instancia y dispondrá que las entidades accionadas publiquen esta providencia en la página web, con el fin de poner en conocimiento de los terceros interesados, lo resuelto en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "A"** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciséis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2019 que amparó los derechos del accionante.

SEGUNDO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA que dentro de las veinticuatro (24) horas a la notificación de esta providencia, publiquen en la página web de la entidad, la decisión que fue adoptada en esta instancia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes.

CUARTO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha.



BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

Magistrada



JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

Magistrado



ALFONSO SARMIENTO CASTRO

Magistrado

1

2

3