



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

Cartagena de Indias, D. T. y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

<b>Clase de acción</b>	<b>Acción de tutela</b>
<b>Radicación</b>	<b>13001-33-33-009-2020-00072-00</b>
<b>Accionante</b>	<b>Clara Bety Zarate Cárdenas</b>
<b>Accionado</b>	<b>Comisión Nacional del Servicio Civil – CNCS; Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF</b>
<b>Tema</b>	Acción de tutela – requisito de subsidiaridad / Derecho de acceso a cargos públicos
<b>Sentencia No.</b>	<b>AT- 3T- 004 de 2020</b>

### **1. PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la acción de tutela promovida por la señora CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, a través de apoderado, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNCS y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, con el fin de que le sean tutelados sus derechos fundamentales “*al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, de petición y al acceso a cargos públicos*”.

### **2. ANTECEDENTES**

#### **2.1 Hechos**

De los cuarenta y cinco (45) hechos consignados en la presente acción, el Despacho se permite citar los más relevantes, así:

**2.1.1.** “*El 05 de septiembre de 2016 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil suscribieron el Acuerdo N° 20161000001376 con el objeto de adelantar la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 2470 empleos vacantes, que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa - Convocatoria N° 433 de 2016.*”

**2.1.2.** “*Estando dentro de los términos establecidos en la convocatoria N° 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, previo cumplimiento de los requisitos prescritos, mi mandante se inscribió como aspirante a ocupar con derechos de carrera administrativa el cargo de Profesional Especializado Código 2028 grado 17, identificado con número de Oferta Pública de Empleo de Carrera – OPEC - N° 38965 perteneciente a la Regional Bolívar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.*”

**2.1.3.** “*Mediante Decreto N°1479 del 04 de septiembre de 2017, artículo 2°, se crearon entre otros, doce (12) cargos de Profesional Especializado Código 2028 grado 15, seis (06) cargos de Profesional Especializado Código 2028 grado 14 y siete (07) cargos Profesional*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*Especializado Código 2028 grado 13 para la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar los cuales no fueron ofertados al momento de la apertura de la convocatoria N° 433 de 2016 debido a que en ese momento eran inexistentes como empleos de carácter permanente, y además dicha convocatoria estaba regida por la Ley 909 de 2004 en su concepción original (...)."*

**2.1.4.** *"La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución N° CNSC-20182020074385 del 18 de julio de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer seis (06) vacantes del empleo identificado con el código OPEC N° 38965 denominado Profesional Especializado identificado con el código 2028 grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria N° 433 de 2016 para la Regional Bolívar del ICBF."*

**2.1.5.** *"En la lista de elegibles referenciada en el hecho anterior, mi mandante ocupó en estricto orden del mérito el puesto N°17 con puntaje definitivo de 69.80 puntos."*

**2.1.6.** *"El artículo 63 del Acuerdo N° CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil que regula la Convocatoria N° 433 de 2016 del ICBF, establece que "La lista de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 55° y 56° del presente Acuerdo."*

**2.1.7.** *"Se tiene que al recomponer la lista de elegibles conformada mediante la Resolución N° CNSC-20182020074385 del 18 de julio de 2018, mi mandante estaría ocupando en lo sucesivo el onceavo lugar en posición de elegibilidad, empero, tal como se avista en la contestación a la reclamación administrativa impetrada por mi mandante, proferida por la Comisión Nacional de Servicio Civil en la data del 01 de julio de 2020 identificada con el radicado CNSC-20201020500661, en la cual expresamente manifestó esta entidad:*

*"Por otro lado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, en observancia de lo dispuesto en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, sobre "Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", remitió a esta Comisión Nacional, mediante los radicados de entrada Nro 20203200491422 del 20 de abril y 20203200618982 del 05 de junio del año en curso, **solicitudes de uso directo de la lista de elegibles para la provisión de nueve (9) empleos**, por considerar que habiendo quedado vacantes definitivas con posterioridad al Proceso de Selección Nro 433 de 2016, cumplen con la condición de **"mismo empleo"** definido en el Criterio arriba mencionado. Sin embargo, la entidad no reportó nuevas vacantes en empleos iguales al empleo identificado con el código OPEC Nro 3895.*

*Por lo cual, teniendo en cuenta que usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo identificado*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

**con el Código OPEC Nro. 38965, por el momento se encuentra en espera a que se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la lista de elegibles, esto es, hasta el día 30 de julio de 2020.”**

**Así las cosas, se tiene entonces que al recomponer la lista de elegibles, mi mandante estaría ocupando la primera posición en orden de elegibilidad, pues la lista de elegibles se conformó inicialmente para proveer seis (6) vacantes, luego se autorizó por parte de la CNSC su utilización para proveer nueve (9) vacantes adicionales para un total de quince (15) elegibles, debiéndose determinar si alguno de ellos no aceptó el llamamiento a ser nombrado en periodo de prueba o alguno no aprobó la evaluación del desempeño laboral para poder alcanzar su inscripción en el registro de carrera administrativa. Lo cierto es que, hoy mi mandante se encuentra en la primera posición dentro de la lista de elegibles”.**

**2.1.8.** “El punto N° 4 de la parte resolutive de la Resolución N° CNSC - 20182020074385 del 18 de julio de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual se conformó la lista de elegibles correspondiente a la OPEC N° 38965 estableció:

*“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.”*

**2.1.9.** “La lista de elegibles Resolución N° CNSC- 20182020074385 del 18 de julio de 2018 de la CNSC, en la cual mi mandante figura en el puesto número 17° de elegibilidad, y en virtud de la recomposición automática estaría ocupando ahora el primer lugar, fue publicada en el Banco Nacional de Lista de Elegibles de la Comisión Nacional del Servicio Civil el día 23 de julio de 2018, adquiriendo firmeza el día 31 de julio de la misma calenda, es decir, su vencimiento se configuraría el día 30 de julio de 2020, sin embargo, en virtud de la pandemia generada por el Covid 19, los términos de dicho concurso fueron suspendidos (...)”.

**2.1.10.** “Tiendo en cuenta que la lista de elegibles Resolución N° CNSC-20182020074385 tenía en principio fecha de vencimiento 30 de julio de 2020 pero debido a la suspensión de términos establecidas en las resoluciones reseñadas en el hecho anterior (31 días hábiles de suspensión de términos) , se tiene que está operaria el 15 de septiembre de 2020.

**2.1.11.** “El párrafo del artículo 62 del Acuerdo N° CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil arriba transcrito, estableció: “Párrafo: Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos en la OPEC



Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00

de ésta convocatoria, **con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras éste se encuentre vigente.**

2.1.12. “El párrafo del artículo 62 del Acuerdo N° CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, artículo transcrito en el hecho N°15 tiene como fundamento una norma que se encontraba derogada al momento de la expedición de dicho a Acuerdo, a saber, el Decreto N° 1894 de 2012, ello se infiere con absoluta certeza de lo regulado en el libro 3° del Decreto N°1083 de 2015 denominado “DISPOSICIONES FINALES – PARTE PRIMERA – VIGENCIA Y DEROGATORIA”, el cual dispuso en su artículo 3.1.1.: “ARTÍCULO 3.1.1. Derogatoria Integral. **Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el art.3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al sector de Función Pública que versan sobre las mismas materias**, con excepción, exclusivamente, de los siguientes asuntos: (...)”.

2.1.13. “En virtud de la derogatoria expresa del artículo 3.1.1. del Decreto 1083 de 2015 **el cual establece que éste regula de manera íntegra las materias contempladas en él**, deviene que saca entonces del ordenamiento jurídico el Decreto N°1894 de 2012, norma en que se funda párrafo del artículo 62 del Acuerdo N° 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cual entre otras cosas es posterior en el tiempo al Decreto N° 1083 de 2015. **En consecuencia, dicho párrafo carece de soporte legal y debe ser inaplicado.**”

2.1.14. “La Comisión Nacional del Servicio Civil en la data de 22 de noviembre de 2018 expidió el acto administrativo Resolución N° CNSC – 20182230156785 “Por el cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F.”

2.1.15. “Tal como se manifestó en el hecho N° 13 de la presente demanda, el artículo cuarto (4°) de la lista de elegibles contenía la previsión normativa que permitía al ICBF hacer uso de ella para proveer los cargos o nuevas vacantes que surjan durante su vigencia, y no solamente aquellas ofertadas al momento de la convocatoria, al establecer “**Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.**”

2.1.16. “La Comisión Nacional de Servicio Civil con la expedición de la **Resolución N° CNSC - 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 desconoció** que las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F constituyen en lo pertinente actos administrativos cuya naturaleza jurídica es de ser actos administrativos de carácter particular y concreto, por lo tanto, no podía revocar de manera unilateral el artículo cuarto (4°) de dichas resoluciones, so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y con ello causarle un grave e injustificado perjuicio a los elegibles, dado que para ello se requería manifestación expresa y escrita del consentimiento de éstos, o que la entidad hubiese demandado ante la justicia contenciosa administrativa su propio acto



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*tal como lo dispone artículo 97 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (...)."*

**2.1.17.** *"La Comisión Nacional de Servicio Civil con la expedición de la Resolución N° CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 "Por el cual se revoca el artículo cuarto (4°) de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F." desconoció que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 909 de 2004 no podía dejar sin efectos total o parcialmente procesos de selección siempre y cuando se haya producido actos administrativos de carácter particular y concreto, lo que hace mucho más evidente la violación al derecho al debido proceso. (...)."*

**2.1.18.** *"La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Resolución N° CNSC-201822301620055 del 04 de diciembre de 2018 declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la Convocatoria N° 433 de 2016 –ICBF, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.6.19 del Decreto 1083 de 2015. Ello debido a que una vez finalizada la publicación de las listas de elegibles se determinó que alguno de los empleos vacantes ofertados en la Convocatoria N° 433 de 2016 –ICBF, no contaron con aspirantes inscritos o no cumplieron con los requisitos mínimos, o no superaron las pruebas escritas de competencias básicas y funcionales, configurándose las condiciones previstas en el artículo 2.2.6.19 del Decreto 1083 de 2015. En virtud de lo anterior se declararon desiertas ciento treinta y cinco (135) vacantes de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ofertadas en la Convocatoria N°433 de 2016 que corresponde a ciento treinta (130) empleos."*

**2.1.19.** *"Para el caso del empleo denominado Profesional Especializado Código 2028 grado 17, se declararon desiertas un total de veintiocho (28) vacante, tal como se avista del artículo 1° de la Resolución N° CNSC-201822301620055 del 04 de diciembre de 2018, pertenecientes a las OPEC que a continuación se relacionan: (...)"*

**2.1.20.** *"El 05 de enero de 2016, es decir, previo a la apertura de la Convocatoria N° 433 de 2016 del ICBF, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo N° 562 de 2016 "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004". En dicho Acto administrativo la Comisión Nacional del Servicio Civil reguló, entre otras cosas, el procedimiento que se debe observar para proveer las vacantes definitivas que sean declaradas desiertas en los concursos de méritos, procedimiento que para el caso que nos ocupa la atención ha sido desconocido tanto por la Comisión Nacional del Servicio Civil como por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, toda vez que, las listas de elegibles proferidas en el marco de la Convocatoria N° 433 de 2016 se encuentran próximas a su fecha de vencimiento sin que las entidades demandadas hayan adelantado las actuaciones administrativas necesarias para hacer uso de las mismas para proveer las vacantes definitivas y las declaradas desiertas, vulnerando los derechos fundamentales de los elegibles, y de contera, causando con ello un perjuicio irremediable a quienes tiene derecho*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

a ingresar al sistema de carrera administrativa, puesto que, posterior a fecha de vencimiento de las listas, se materializa una imposibilidad jurídica para dicha provisión.”

2.1.21. “De conformidad con el Acuerdo N° 562 de 2016, y en virtud de su artículo 11° “Corresponde a la CNSC remitir a la entidad de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o la persona delegada para ello), las listas de personas con las cuales se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con el artículo 32 del presente Acuerdo.

Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de las listas de elegibles conformadas con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertadas a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante el uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros ordenes de provisión establecidos por el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 ( contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista.”

2.1.22. “Provistas las vacantes ofertadas en concurso de méritos por quienes ocuparon las posiciones de elegibilidad directa, es responsabilidad y competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil la conformación de una lista de elegibles general y una para la entidad, con el objeto de proveer vacantes definitivas y/o declaradas desiertas, listas que se deberán utilizar siempre y cuando no se encuentre vencido el término de su vigencia, todo lo cual se publicitará a través del Banco Nacional de Listas de Elegible de conformidad con el artículo 18 y siguientes del Acuerdo N° 652 de 2016 (...).”

2.1.23. “El 27 de junio de 2019 el Congreso de la Republica expidió la Ley 1960, cuyo artículo 6° modificó artículo 31 numeral 4° la Ley 909 de 2004 quedando en adelante de la siguiente manera: “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.”

2.1.24. “El artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 que modifica el numeral 4° de la Ley 909 de 2004 tiene efectos retrospectivo, toda vez que entra a regular unas situaciones de hecho que no han consolidado derechos adquiridos (nombramiento en periodo de prueba o la propiedad del cargo) en cabeza de la demandante, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional enmarcada, entre otras, en la Sentencia T- 415 de



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

2017 se tiene que **“cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua”**. Lo anterior permea todas las normas que regulan el uso de las listas de elegibles, inhibiendo del ordenamiento jurídico toda restricción para el uso de las mismas, que, estando vigentes, sin tal modificación legislativa, no hubiese sido posible su utilización para proveer de manera definitiva las vacantes surgidas con posterioridad a la fecha de su convocatoria a concurso abierto de méritos en cargos del mismo tipo de empleo o en cargos equivalentes.”

**2.1.25.** “Con ocasión a la expedición de la Ley 1960 de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil en la data del 01 de agosto de 2019 emitió un Criterio Unificado “USO LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 JUNIO DE 2019”, en el cual... la Comisión determinó que:

“Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas inicialmente para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.  
(...).”

**2.1.26.** “El día 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil, emitió un nuevo CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” en el cual expresamente se determinó que “Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019 “Lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019”, junto a su aclaración.”

**2.1.27.** “El CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el día 16 de enero de 2020, fue expedido en aras de aclarar lo pertinente a la utilización de las listas de elegibles bajo marco normativo de la Ley 909 de 2004, el Decreto 1083 de 2015 y la Ley 1960 de 2019, para lo cual se plantearon los siguientes problemas jurídicos: “1) ¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 junio de 2019?”; y 2) “¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?” En dicho documento la Comisión Nacional del Servicio Civil estableció claramente que:

“Las listas de elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*De acuerdo con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberá usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran la Oferta Publica de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria **y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”, entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y el mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”***

**2.1.28.** *“La Comisión Nacional del Servicio Civil, con el CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” de fecha 16 de enero de 2020 varió sustancialmente su posición inicial respecto del Criterio Unificado de fecha 01 de agosto de 2019 que prescribía la utilización de las listas de elegibles durante su vigencia solo para las vacantes ofertadas en el respectivo acuerdo de convocatoria; contrario sensu, en el Criterio Unificado de enero 16 de 2020 la CNSC dejó sin efectos el primer criterio unificado y en su lugar dispuso que las listas de elegibles conformadas y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, (es decir, aplica para para el proceso de selección 433 de 2016 – ICBF) deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran la Oferta Publica de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria **y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”**, estableciendo los criterios a tener cuenta a efectos de identificar si las nuevas vacantes conforman o no el mismo tipo de empleos, para lo cual lo identifica con la OPEC para la cual concursó la aspirante.”*

**2.1.29.** *“Lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” de fecha 16 de enero de 2020, es un afrenta al artículo 6° y 125 de la Constitución Política de 1991 en el entendido que hace una interpretación restrictiva a las prescripciones legales establecidas en la Ley 1960 de 2019, sin tener competencia para ello, usurpando funciones que son propias del legislador, constituyéndose lo anterior en una extralimitación de sus funciones, pues en ningún aparte la Ley 1960 de 2019 estableció que la utilización de la lista de elegibles se condicionaba a las nuevas vacantes que surgieran con posterioridad al 27 de junio de 2019 tuvieran identidad con la OPEC para la cual concursó el elegible, es decir, que las nuevas vacantes correspondan a los “mismos empleos”, entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y el mismo grupo de aspirantes, antes por el contrario, la Ley 1960 fue de prodiga claridad al establecer que “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes **para las cuales se efectuó el***



Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00

**concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.” En razón de lo anterior, el criterio unificado de uso de lista expedido por la CNSC de fecha 16 de enero de 2020 debe ser inaplicado por inconstitucional.**

2.1.30. “El día 13 de febrero de 2020, mi mandante solicitó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil su nombramiento en periodo de prueba en uso de la lista de elegibles pluricitada, bajo escrito de petición identificado con el radicado N°20206000246052, ante lo cual la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante oficio de fecha de 10 de marzo de 2020 identificado con el radicado 20201020268771, denegó las pretensiones de la peticionaria, entre otros, bajo los siguientes argumentos:

“En lo concerniente a su solicitud, se hace pertinente indicar que la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en sesión del día 16 de enero de 2020, profirió el Criterio Unificado sobre “Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019”, el cual contempla dos (2) escenarios; es así como conviene manifestarle que las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer tanto:

1. Las vacantes de los empleos que integran la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC de la respectiva convocatoria.
2. **Como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad del Acuerdo de Convocatoria siempre y cuando corresponda a “los mismos empleos.”** (Resaltado y subrayado ajeno al texto)

2.1.31. “En la data del 03 de junio de 2020, mi mandante radicó ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar derecho de petición, solicitando entre otras, su nombramiento en periodo de prueba en uso de la lista de elegibles de la cual hace parte en condición de elegible. Mediante oficio identificado con el número de radicado SIM 1761940114 de fecha 08 de junio de 2020, el ICBF contestó la petición a mi mandante en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta que la Comisión Nacional del Servicio Civil en el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” señaló:

“Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **"mismos empleos entienda, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC"**. (negrilla y subrayado extra texto).

**Conforme a la normatividad invocada, del empleo por usted consultado (OPEC 38965 perfil Trabajo Social), con ubicación geográfica en el Municipio de Cartagena, no existen vacantes que permitan solicitar a la CNSC la aplicación del Criterio Unificado y no es posible el nombramiento en periodo de prueba en una ubicación geográfica distinta a la que usted concursó.** (Subrayado y resaltado ajeno al texto).

Sin embargo, el ICBF nada dijo respecto del interrogante número 3° del derecho de petición: "Solicito se me informe ¿Cuántos cargos profesionales con similitud funcional, nivel jerárquico mismos ingresos hay en el ICBF a nivel nacional de la OPEC No OPEC: 38965 grado: 17 ¿cuántos cargos están ocupados por funcionarios de carrera administrativa y cuántos por provisionales?", vulnerando el derecho fundamental de petición, ocultando temerariamente una información que es de vital importancia para las resultas del presente trámite de tutela."

**2.1.31. "Mi mandante elevó reclamación administrativa ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en la data del 04 de junio de 2020, pretendiendo su nombramiento en periodo de prueba en uso de la lista de elegibles que le confiere tal calidad, recibiendo contestación por parte de esta entidad el 01 de julio de 2020, bajo oficio identificado con el radicado CNSC-20201020500661, en la cual deniega las pretensiones de la actora argumentando:**

**"Por otro lado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, en observancia de lo dispuesto en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, sobre "Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", remitió a esta Comisión Nacional, mediante los radicados de entrada Nro 20203200491422 del 20 de abril y 20203200618982 del 05 de junio del año en curso, **solicitudes de uso directo de la lista de elegibles para la provisión de nueve (9) empleos**, por considerar que habiendo quedado vacantes definitivas con posterioridad al Proceso de Selección Nro 433 de 2016, **cumplen con la condición de "mismo empleo"** definido en el Criterio arriba mencionado. Sin embargo, la entidad no reportó nuevas vacantes en empleos iguales al empleo identificado con el código OPEC Nro. 3895.**

Por lo cual, teniendo en cuenta que usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 38965, **por el momento se encuentra en espera a que**



Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00

**se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la lista de elegibles, esto es, hasta el día 30 de julio de 2020.**

## 2.2 Pretensiones

El accionante, formula en su escrito de tutela las siguientes pretensiones:

**2.2.1.** *“Se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad, petición, al trabajo, al debido proceso, al acceso a cargos públicos de mi representada de conformidad con lo artículos 13, 23, 25, 29, 40 y 125 de la Constitución Política, así como cualquier otro derecho fundamental que el Honorable Juez Constitucional encuentre vulnerado o amenazado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.*

En consecuencia:

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, con efectos retrospectivo; dar aplicación al artículo 63 del Acuerdo N° 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, por medio de cual la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a Concurso Abierto de Méritos Convocatoria 433 de 2016 y al Artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 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.”

**2.2.2.** “Se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil remitir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de manera inmediata la lista de elegibles con las cuales se deberán proveer los cargos de carrera administrativa ofertados en la convocatoria N°433 de 2016-ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos que cargos que habiendo sido creados por el Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017 se encuentre ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo; o aquellos cargos para los cuales el concurso fue declarado desierto de conformidad la Resolución N° CNSC-20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, todo en obediencia estricto al término perentorio que ordene el juez constitucional, y en cumplimiento de lo establecido en la Ley



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

909 de 2004 artículo 11 literal f) y con observancia de lo establecido en el párrafo de dicha norma.”

**2.2.3.** “Se le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, de manera inmediata, en cumplimiento del término perentorio concedido por fallador, proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes para que se provean con carácter definitivo los cargos de la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; o aquellos que fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 y que al momento de su apertura estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos que cargos que habiendo sido creados por el Decreto No 1479 del 04 de septiembre de 2017 se encuentre ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo; o aquellos cargos para los cuales el concurso fue declarado desierto de conformidad la Resolución N° CNSC- 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, haciendo uso de la lista de elegible Resolución N° CNSC – 20182020074385 de julio 18 de 2018 correspondiente a la OPEC N° 38965 para el cargo denominado Profesional Especializado código 2028 grado 17 y/o de manera subsidiaria en algún otro cargo de carácter equivalente dentro de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, todo en estricta observancia del orden del mérito de conformidad con el puntajes obtenidos durante todo el proceso o curso abierto de méritos.”

**2.2.4.** “Inaplicar, haciendo uso de la excepción por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° superior, el Criterio Unificado “Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2020” expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, por las razones que se expondrán en los argumentos de derecho.”

**2.2.5.** “Se le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dar contestación de fondo al derecho de petición (reclamación administrativa) impetrada por mi mandante en la data del 03 de junio de 2020, principalmente a tercer interrogante planteado el cual es del siguiente tenor: Solicito se me informe ¿Cuántos cargos profesionales con similitud funcional, nivel jerárquico mismos ingresos hay en el ICBF a nivel nacional de la OPEC No OPEC: 38965 grado: 17 ¿cuántos cargos están ocupados por funcionarios de carrera administrativa y cuántos por provisionales?.

La reclamación administrativa fue contestada en la data del 08 de junio de 2020, omitiendo hacer referencia a este último interrogante de suma importancia para las resultas de la presente acción constitucional.”

## 2.3 Trámite del proceso



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

Por auto de fecha 10 de julio de 2020, se admitió la presente acción de tutela, ordenando la notificación de las entidades accionadas, así como correrles traslado del escrito de tutela y de sus anexos, para que dentro del término de dos (2) días, contado a partir de la respectiva notificación, rindieran un informe respecto de todos y cada uno de los hechos y pretensiones de la solicitud de amparo.

Posteriormente, a través de proveído del 21 de julio de 2020, se abrió a pruebas el presente trámite.

## **2.4 Contestación**

La accionada **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNCS**, allegó el informe solicitado en el auto admisorio, aduciendo principalmente lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta las pretensiones del accionante, el problema jurídico consiste en determinar si hay lugar a autorizar el uso de listas.*

*Para efectos metodológicos, el estudio del asunto se desarrollará en el siguiente orden: (i) determinar el estado de la accionante en el concurso adelantado mediante la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF; (ii) aclarar cuando procede el uso de listas; (iii) establecer si efectivamente el ICBF creó más cargos del empleo al cual se inscribió la actora; (iv) caso concreto.*

### **2.1. Estado de la accionante en el concurso**

*Consultado el sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad – SIMO, se logró constatar que la señora Clara Betty Zarate Cárdenas, concursó en la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF, para el empleo identificado con el código OPEC1 No. 38965, denominado profesional especializado, código 2028, grado 17, quien agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 17, en la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC – 20182020074385 del 18 de julio de 2018, para proveer seis (6) vacantes.*

*En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF el mencionado acto administrativo para que procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito.*

*Comoquiera que para el empleo en mención se ofertaron únicamente seis (6) vacantes, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba para el cargo, fueron los aspirantes que ocuparon los seis primeros lugares en la lista de elegibles. Como se observa, el accionante ocupó la posición No. 17, razón por la cual, no es posible que se realice su nombramiento, pues queda claro*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

que no ocupó una posición meritatoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo, en ese sentido, se precisa que el empleo se encuentra provisto con los elegibles ubicados en la posición 1 a 6.

Por otra parte, es pertinente aclarar que en cuanto a nombramientos y posesiones y, en general en la administración de plantas de personal, esta Comisión no tiene competencia, pues dicha facultad se otorgó por la ley exclusivamente en los representantes legales o delegados de las respectivas entidades, tal como lo prescribe el inciso final del artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015, que señala: «(...) Corresponde a los ministros, directores de departamentos administrativos, presidentes, directores o gerentes de las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, nombrar al personal de su entidad u organismo, salvo aquellos nombramientos cuya provisión esté atribuida a otra autoridad por la Constitución o la ley (...)».

Así las cosas, la competencia para el nombramiento y posesión de los servidores del ICBF, recaen exclusivamente en el director de dicho instituto o en la persona que ésta delegue, no correspondiéndole a la Comisión interferir en esta facultad.

En este orden, la competencia de la CNSC frente a los procesos de selección está limitada a las fases de i) convocatoria, ii) reclutamiento iii) aplicación de pruebas y iv) conformación de listas de elegibles, recayendo en las entidades destinatarias del concurso la responsabilidad de realizar los nombramientos en período de prueba de los elegibles, mismo que una vez culminado deberá ser evaluado emitiendo la calificación que en derecho corresponda.

Por su parte, los nominadores deben realizar los nombramientos dentro de los diez (10) días siguientes a la firmeza de las listas de elegibles, tal como lo prevé el artículo 2.2.26.21 del Decreto 1083 de 2015, reiterando que, para los integrantes de las listas de elegibles en posición de mérito, respecto de las vacantes ofertadas, una vez la lista esté en firme se consolida a su favor un derecho particular y concreto.

Ahora, a través del acuerdo No. 562 de 5 de enero de 2016, norma aplicable a la convocatoria en cuestión, se reglamentó la conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del banco nacional de listas de elegibles para las entidades del sistema general de carrera administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004.

La mencionada norma en su artículo 3, numerales 2 y 3, define los conceptos de elegible y lista de elegibles, así:

**“Elegible:** Se refiere a todo aquel concursante que habiendo superado la totalidad de las pruebas eliminatorias del proceso de selección y cumplido los criterios señalados en la convocatoria, se encuentra en la lista de elegibles conformada por la CNSC para un empleo específico.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*Esta condición se ostentará durante el término de vigencia de la lista, salvo que el elegible sea nombrado en un empleo igual al que concursó o similar funcionalmente, casos en los cuales se generará el retiro del elegible de la lista.*

***Lista de elegibles:** Es el listado que conforma la CNSC a través de acto administrativo y que ordena a los elegibles en estricto orden de mérito a partir de los resultados obtenidos en el proceso de selección para la provisión de un empleo específico". (Resaltado fuera de texto).*

*Es así como, una vez conformadas las listas de elegibles para proveer por mérito las vacantes definitivas de los empleos objeto de concurso se genera para quienes las integran dos tipos de derechos: i) para quien se encuentre en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, tiene el derecho a ser nombrado en período de prueba y posesionado en el empleo aspirado; y ii) para quienes su posición dentro de la lista de elegibles no dé lugar a su nombramiento directo, en el evento que surjan nuevas vacantes, tienen la expectativa de ser nombrados, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia.*

*En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.*

*Es por esto que la accionante se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.*

(...)

*En virtud de lo anterior la Comisión Nacional del Servicio Civil procedió a consultar el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO, (aplicativo dispuesto para el reporte de vacantes) en el cual se evidenció que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar registro no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en la Convocatoria 433 de 2016.*

*En ese entendido y toda vez que la señora Clara Bety Zarate Cárdenas ocupa la posición diecisiete (17) cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección, por lo cual, teniendo en cuenta que la señora Clara Bety Zarate Cárdenas no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, por el momento se encuentra en espera a que se genere una vacante en el mismo empleo durante la vigencia de la lista, esto es hasta el 30 de julio de 2020, no sin antes precisar que dentro de la aludida lista de elegibles existen diez (10) elegibles con mejor derecho que la accionante, por lo cual en caso de generarse una nueva vacante previo a proveerla con la accionante habrá de agotarse la posición con mejor derecho.*

*Asimismo, es procedente referir que respecto al uso de listas de elegibles para empleos equivalentes y de conformidad con el Criterio Unificado en cita la provisión de dichas vacantes únicamente será aplicable a las listas expedidas producto de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, en ese entendido, y toda vez que el Acuerdo de convocatoria fue aprobado antes 27 de junio de 2019, no resulta viable utilizar las listas de elegibles vigentes para proveer empleos equivalentes no convocados.*

*Una vez realizadas las presiones a que hubo lugar se colige que no resulta procedente autorizar uso de la lista de Elegibles con la posición ocupada por la señora Clara Bety Zarate Cárdenas toda vez que las vacantes a las cuales hace referencia, no han sido reportadas por la entidad, encontrándose sujeto no solo a la vigencia de la lista si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la Entidad, siendo pertinente traer a colación las causales de retiro del servicio definidas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004, circunstancias que, de configurarse, conllevan previa solicitud de la entidad, a proceder con la autorización del uso de una lista de elegibles vigente, siempre que se enmarque en lo normado en el párrafo 1° del artículo 2.2.5.3.2. o en el artículo 2.2.5.1.12 del Decreto 1083 de 2015.*

*Finalmente, cabe reiterar que, la CNSC no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal, como lo dispone el Decreto 648 de 2017, “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública”*

*Por lo tanto, es necesario mencionar que, las acciones tendientes a un eventual nombramiento de la accionante, corresponden al ICBF, reiterando que debe reportar las vacantes en el aplicativo SIMO y solicitar a la CNSC, la autorización de uso de Listas de Elegibles.*

*Con base en lo dicho, se puede concluir que no existe la afectación de los derechos fundamentales que alude la accionante, pues se está dando cumplimiento a lo*



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*dispuesto por la Ley 1960 de 2019 y se está a la espera de que el ICBF cumpla con la carga procesal que le compete, de conformidad con el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 y la Circular Externa 0001 de 2020 expedidos por esta Comisión Nacional.”*

Por todo lo anterior la CNSC solicita, *“declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil”.* (Subrayado fuera del texto)

Por su parte el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, no presentó informe alguno.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Competencia.**

Es competente este Despacho para conocer de la presente acción en primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

#### **3.2. Problema jurídico.**

En el presente caso, considera el Despacho necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Es procedente en el caso *sub examine*, la acción de tutela instaurada, en contra actos administrativos y determinaciones adoptadas en un proceso de selección de empleos públicos a través de concurso de méritos, y con el fin de que se ordene el nombramiento de la accionante, en periodo de prueba en el empleo identificado con el Código OPEC No. 38965, denominando Profesional Especializado Código 2028, Grado 17, dentro de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.?

En caso de que se estime procedente la presente acción, se entrará a resolver si,

- ¿Se han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a cargos públicos de la señora CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNCS y/o el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, por cuanto hasta la fecha, encontrándose presuntamente nombradas las personas que le preceden en la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No CNSC-20182020074385 de 18 de julio de 2018, y presuntamente existiendo vacantes, no ha sido nombrada en periodo de prueba en el empleo identificado con el Código



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

OPEC No. 38965, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF?

**En todo caso**, deberá determinarse si,

¿Se ha vulnerado el derecho fundamental DE PETICIÓN de la señora CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, por cuanto hasta la fecha, presuntamente no ha dado una respuesta completa y de fondo, a la solicitud por ella elevada el 03 de junio de 2020?

### **3.3. Tesis del Despacho.**

El Despacho concluye que en el presente caso, teniendo en cuenta los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela interpuesta por la CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, a través de apoderado, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNCS y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues de lo manifestado en el escrito de tutela y de las pruebas aportadas al expediente, no se logra acreditar lo referente al perjuicio irremediable, para la procedencia de la misma ante la existencia de otros medios judiciales, los cuales a juicio de este despacho se tornan idóneos y eficaces para ventilar el litigio planteado a través de la solicitud de amparo que nos ocupa.

Por otra parte, encuentra el Despacho, que con la emisión de la “*Respuesta Derecho de Petición SIM No. 1761940114*”, no se resuelve de manera clara y de fondo el tercer interrogante de la petición elevada por la accionante, sino que dicha respuesta se circunscribe a manifestar que para el empleo de OPEC No. 38965, no hay cargos vacantes ni provistos con nombramiento provisional o por encargo, sin entrar a responder lo referente a los cargos profesionales con similitud funcional, nivel jerárquico y mismos ingresos, al empleo de OPEC No. 38965.

Así las cosas, siguiendo los lineamientos legales y jurisprudenciales aludidos en esta providencia, se encuentra que en el presente caso existe una vulneración al derecho fundamental de petición de la accionante, pues se reitera, la respuesta al derecho de petición debe ser oportuna, completa, de fondo y notificada a tiempo al peticionario.

Partiendo de allí, con el fin de evitar que continúe la vulneración del derecho fundamental de PETICIÓN de la accionante, se tutelaré el mismo y se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, que dentro del término de los dos (2) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, se sirva dar respuesta COMPLETAMENTE y DE FONDO, la solicitud elevada por la señora CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, el día 03 de junio de 2020, en lo referente al tercer interrogante allí plantado, y que además notifique dicha respuesta a la interesada, dentro de los términos y formas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



### **3.4. Marco normativo y jurisprudencial.**

#### **3.4.1 Naturaleza jurídica de la acción de tutela.**

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la acción de tutela como herramienta idónea para la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos en los cuales se ahondará más adelante, tales como:

##### *a. La Subsidiariedad o Residualidad:*

Se refiere a que la acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el juez constitucional.

##### *b. La inmediatez:*

La acción de tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

##### *c. La especialidad:*

La razón de ser o el objeto de la acción de tutela es la protección de los derechos constitucionales fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la acción.

Sin embargo, es posible que la acción de tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los derechos colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los derechos constitucionales fundamentales.

#### **3.4.2. El derecho de acceso a cargos públicos – Carácter de fundamental.**



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

La H. Corte Constitucional desde sus primeros fallos<sup>1</sup>, ha reconocido el carácter fundamental que caracteriza al derecho a acceder a cargos públicos. Explica la Corte que este constituye garantía básica para lograr amplios espacios de legitimación democrática<sup>2</sup>. De allí que las restricciones, condiciones y limitaciones al acceso a cargos públicos deben ser razonables y proporcionados.<sup>3</sup>

En ese sentido, en sentencia de constitucionalidad del año 2017<sup>4</sup>, la Corte expone que la jurisprudencia constitucional ha entendido que entran en el **ámbito de protección de este derecho** (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo<sup>5</sup>, (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<sup>6</sup>, (iii) la facultad de elegir de 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<sup>7</sup>, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público<sup>8</sup>.

### **3.4.3. Principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela.**

Reiterando su jurisprudencia, la Corte Constitucional, en sentencia del año 2015, expresó que *“la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: “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 mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”*. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

<sup>1</sup> Ver al respecto, sentencia T- 03 de 1992.

<sup>2</sup> Sentencia SU-441 de 2001.

<sup>3</sup> Sentencia C-176/17. Magistrado Sustanciador: ALBERTO ROJAS RÍOS

<sup>4</sup> Ibídem

<sup>5</sup> Sentencia T-309 de 1993.

<sup>6</sup> Sentencia T-313 de 2006.

<sup>7</sup> Sentencia T-451 de 2001.

<sup>8</sup> Sentencia SU-441 de 2001.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

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

(...)"<sup>9</sup> (Se subraya)

Partiendo de lo anterior, se hace necesario precisar los eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. Respecto de esto último, la Corte Constitucional ha explicado que tal concepto “está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho”.<sup>10</sup> En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención<sup>11</sup>:

*“**la inminencia**, que exige medidas inmediatas, **la urgencia** que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y **la gravedad de los hechos**, que hace evidente **la impostergabilidad** de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”<sup>12</sup>*

Siendo esta jurisprudencia reiterada en los siguientes términos:

*“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre*

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-030 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-617 de 2013.

<sup>11</sup> Cfr. Sentencia SU-712 de 2013.

<sup>12</sup> Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.*<sup>13</sup>

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.<sup>14</sup>

#### **3.4.4. Mecanismo de defensa contra actos administrativos.**

Para dar solución a las controversias legales que surgen con la expedición de actos administrativos, el legislador consagró una serie de medios de control consagrados en el Título III de la Parte II del C.P.A.C.A., los cuales se ejercen ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos que, con la expedición del respectivo acto administrativo se vulneren. No obstante, la Corte Constitucional ha dispuesto que cuando el accionante demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace o afecte algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna procedente como mecanismo transitorio, hasta tanto la persona acuda dentro de un término perentorio al proceso ordinario correspondiente.

Acorde con lo anterior se encuentra lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia del año 2015, donde explicó:

*“La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en el ámbito del derecho administrativo, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos de rango constitucional o legal que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, puesto que, para controvertir la legalidad de estos, el legislador estableció diferentes acciones en la jurisdicción contenciosa administrativa que se presumen idóneas para restablecer el derecho conculcado. No obstante, la Corte ha admitido que en los casos en que se acredite un perjuicio irremediable, la tutela se torna procedente como mecanismo transitorio de amparo y, en consecuencia, habilita al juez constitucional para*

<sup>13</sup>. Sentencia T-1316 de 2001. Estos criterios fueron fijados desde la Sentencia T-225 de 1993 y han sido reiterados en las Sentencias C-531 de 1993, T-403 de 1994, T-485 de 1994, T- 015 de 19 95, T-050 de 1996, T-576 de 1998, T-468 de 1999, SU-879 de 2000, T-383 de 2001, T-743 de 2002, T-514 de 2003, T-719 de 2003, T-132 de 2006, T-634 de 2006, T-629 de 2008, T-191 de 2010 y de forma más reciente en la sentencia SU-712 de 2013..

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-030 de 2015. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se ejecute, mientras se surte el respectivo proceso.

En ese orden de ideas, en el análisis de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, es indispensable abordar el tema de las medidas cautelares en el ámbito del derecho administrativo, debido a que, por la forma en que fueron diseñadas contribuyen a la eficacia de los medios de control previstos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

(...)

La Ley 1437 de 2011, “por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (en adelante CPACA), establece en su artículo 138, como medio de control de las actuaciones de la administración, la nulidad y restablecimiento del derecho.

En cuanto a las medidas cautelares, el CPACA incorporó todo un capítulo (XI) destinado a explicar la tipología, las reglas de procedencia y el trámite para su adopción por parte del juez administrativo. Así, el artículo 229, en materia de la procedencia, dispone que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativo, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Además, el inciso segundo señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo cual favorece el decreto de las mismas si se tiene en cuenta que no afecta la decisión final que adopte el funcionario judicial en el caso concreto.

Según el artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o suspensivas. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; (ii) suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra; e (v) impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer a la cualquiera de las partes en el proceso correspondiente. De acuerdo con la norma en comento, esta serie de medidas cautelares, que en todo caso no constituyen un listado taxativo, se podrán decretar por parte del juez siempre que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*El artículo 231 del cuerpo normativo precitado, fija las condiciones especiales para su procedencia previendo dos grupos de medidas: (i) las de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y, (ii) las de los casos restantes. En el caso de la suspensión provisional, el primer párrafo del artículo 231 establece que dicha medida procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. En ese contexto si además de la suspensión provisional se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, será necesario probar en forma sumaria que ellos existen.*

*Para el otro grupo conformado por los casos restantes se requiere: (i) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y finalmente, (iv) que se cumpla una de las siguientes condiciones: (a) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o (b) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

*Cabe señalar que la oportunidad para solicitar y decretar las medidas cautelares varían dependiendo su naturaleza. En ese sentido, el CPACA establece un distinción entre medidas cautelares ordinarias (art.233) y medidas cautelares de urgencia (art. 234). Respecto de esta última categoría, la ley indica que podrán ser adoptadas por el juez o magistrado desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, siempre y cuando se evidencie que por la urgencia no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Contra esta decisión proceden los recursos a los que haya lugar. En caso de que la medida sea adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.<sup>15</sup> (Se subraya)*

En conclusión, la jurisprudencia constitucional ha establecido como regla general, que en el ámbito del derecho administrativo, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, esto, teniendo presente que para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones idóneas en la jurisdicción contenciosa administrativa, “en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto”. Sin embargo, la Corte constitucional ha señalado que “en los **casos en que se acredite un perjuicio irremediable**, la tutela se torna

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-243 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*procedente y habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se ejecute, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa”.*<sup>16</sup>

### **3.4.6. Derecho fundamental de petición. Naturaleza jurídica**

El derecho fundamental de petición, se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política Colombiana, el cual a la letra reza:

*“ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.*

Así pues, el derecho de petición consagra, por un lado, la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas, y por el otro, el derecho a obtener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo al asunto solicitado.

La Corte Constitucional<sup>17</sup> ha definido los elementos característicos del derecho fundamental de petición, así:

*“(…) a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.*

*b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.*

*c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.*

*d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.*

*(…).*

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-427 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>17</sup> Sentencia T-377 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*g) En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordenan responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.*

*h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.*

*i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.”*

De conformidad con la citada jurisprudencia, para que se entienda satisfecho el derecho de petición, resulta necesario que a la solicitud se le dé respuesta oportuna, que se resuelva de fondo la petición, de forma clara, precisa y congruente con lo solicitado, y que dicha respuesta se ponga en conocimiento del peticionario, de tal forma que, la ausencia de uno de estos requisitos conlleva a la vulneración del anotado derecho fundamental por parte del funcionario correspondiente.

### **3.4.7. El derecho de petición y el término para resolver la petición.**

La jurisprudencia constitucional ha señalado, que el núcleo esencial del derecho de petición consiste en la obtención de una respuesta oportuna, de fondo, clara, precisa y congruente, la cual debe ser notificada al peticionario<sup>18</sup>.

A su turno, la Ley 1755 del 30 de junio de 2015 “*Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, en sus artículos 14 y 15, estableció los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones así:

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-1160 A de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-51 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.





**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

“Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.
2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.”

En estas condiciones, si la autoridad o entidad correspondiente desconoce injustificadamente los plazos establecidos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia constitucional, vulnera el derecho de petición, convirtiéndose el amparo de tutela en el medio eficaz para protegerlo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Despacho se pronunciará sobre la acción de tutela impetrada.

### **3.5. Caso concreto**

En el caso *sub examine*, la señora Clara Bety Zarate Cárdenas, actuando a través de apoderado, solicita mediante este mecanismo, el amparo a sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, de petición y el derecho de acceso a cargos públicos.

Ahora, una vez analizados los hechos, pretensiones y la respectiva contestación, para resolver el asunto en cuestión, este Despacho se planteó tres interrogantes, siendo coherente resolver inicialmente lo referente a la procedencia de la acción de tutela en el caso bajo examen.

Como en líneas anteriores se explicó, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, para la procedencia de la acción de tutela se requiere el cumplimiento de ciertos presupuestos, tales como la subsidiariedad o residualidad y la inmediatez.

Profundizando en este punto preciso de la procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos, se tienen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional al



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

respecto. Así, en sentencia de tutela del año **2014**, reiterando su jurisprudencia<sup>19</sup>, la Corte explicaba:

*“En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.”*

En este sentido, esta Corporación en sentencia **T-315 de 1998**, señaló:

*“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 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...”*

De igual forma, en la sentencia **SU-133 del 2 de abril de 1998**, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera (...)

En el mismo sentido, la **Sentencia T-425 del 26 de abril 2001**, se pronunció en los siguientes términos:

*“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*

<sup>19</sup> En especial ver sentencias: T-315 de 1998, SU-133 de 1998, SU-613 de 2002, SU-913 de 2009 y T-829 de 2012.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*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.*

*En la Sentencia **SU-613 del 6 de agosto de 2002**, la Corte reiteró esta posición:*

*“... 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.”*

*Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.”*<sup>20</sup>

Nótese que, para la estructuración de la línea jurisprudencial, que llevó a la conclusión que en el último párrafo transcrito se resalta, la Corte citó distintos pronunciamientos, todos ellos anteriores a la entrada en vigencia del nuevo estatuto procesal que rige el ejercicio y trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento.

Así pues, al entrar en plena vigencia y aplicación la Ley 1437 de 2011, “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, se vislumbra una pequeña variación en la postura de la Corte Constitucional en cuanto a procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos, revistiendo dicha procedencia de más excepcionalidad.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-112A/14. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS





Es así, cuando en sentencia de tutela del año **2015**, expuso:

*“El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.*

*En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral<sup>21</sup>.*

*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<sup>22</sup> para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes<sup>23</sup> 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.”<sup>24</sup>*

<sup>21</sup> Respecto de la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, en Sentencia T-569 de 2011 se indicó que: “es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. (...) no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de **brindar inmediata y plena protección** a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que **esperar por varios años** mientras sus derechos fundamentales están siendo violados”.

<sup>22</sup> En la Sentencia T-507 de 2012 se indicó al respecto: “Para la Corporación es claro que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y, al acceso y participación en cargos públicos, que se presenta cuando las autoridades públicas desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, no se resarce por medio del mecanismo ordinario, puesto que éste implica unos trámites dispendiosos y demorados frente a una situación que requiere una solución inmediata, para la efectiva protección del principio de carrera consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política. (...) En conclusión, (...) la tutela es procedente aunque exista otro mecanismo de defensa. Dicha procedencia excepciona la subsidiariedad de la tutela, dado que, al realizar un estudio del medio de defensa principal ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que el mismo no es eficaz ni idóneo para la protección inmediata de los derechos y para garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución Política”.

<sup>23</sup> Sentencia SU-961 de 1999.

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-180/15. Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

Posteriormente, en sentencia del año **2018**, en cuanto a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos en materia de concurso de méritos, la Corte explicó:

*“(...) la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas<sup>25</sup>.*

*No obstante, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad<sup>26</sup> y/o eficacia<sup>27</sup> para garantizar la protección oportuna e inmediata de los derechos fundamentales vulnerados<sup>28</sup> en el caso concreto.*

<sup>25</sup> Corte Constitucional, SU-439 de 2017. Ver las sentencias T-094 de 2013; T-243 de 2014; T-070 y T-427 de 2015; T-051 de 2016; T-161 y T-441 de 2017; entre otras.

<sup>26</sup> La Corte ha explicado que la *idoneidad* hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho. Ver, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999; T-589 y T-590 de 2011; T-669 y T-798 de 2013; T-028 y T-386 de 2016 y T-161 de 2017.

<sup>27</sup> En cuanto a la *eficacia*, este Tribunal ha indicado que se relaciona con el hecho de que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado. Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2009; T-858 y T-160 de 2010; T-177, T-589 y T-590 de 2011; T-005 de 2014; T-204, T-328 y T-471 de 2017.

<sup>28</sup> En la Sentencia SU-913 de 2009, se analizó el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, al respecto indicó: *“(...) 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”*(Sentencia T-672 de 1998), *en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos* ( Sentencia SU-961 de 1999).

*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* (Sentencia T-175 de 1997)”.



Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00

(...)

En principio, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, los mecanismos ordinarios de protección de los derechos de los participantes en concursos de méritos, gozan de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales.

En la sentencia SU-553 de 2015, la Sala Plena de esta Corporación recordó que la acción de tutela procede de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en materia de concursos de méritos y, por tanto, sólo resulta procedente en dos supuestos: (i) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental, lo que se traduce en un claro perjuicio para el actor; y (ii) cuando se ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>29</sup> ”<sup>30</sup>

Finalmente, en sentencias de tutela del año 2019, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias suscitadas en el desarrollo de un concurso de méritos cuando ya se conformó la lista de elegibles, la Corte sintetizó:

*“(...) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es procedente frente a controversias originadas en concursos de méritos para la provisión de empleos públicos si el proceso de selección se encuentra en curso.<sup>31</sup>*

*Específicamente, las diferentes secciones del Consejo de Estado establecen en sus sentencias que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos,<sup>32</sup> pues se podrían afectar derechos subjetivos<sup>33</sup> y lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo*

<sup>29</sup> Cfr. las sentencias T-586 y T-610 de 2017.

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-423/18. Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

<sup>31</sup> Sobre procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos en los eventos en que ya existe lista de elegibles pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01030-01, Sentencia del 17 de enero de 2013. CP Alfonso Vargas Rincón; Sección Cuarta. Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00435-01, Sentencia del 27 de septiembre de 2012. CP William Giraldo Giraldo; y Sección Quinta. Radicación número: 23001-23-31-000-2011-00627-01, Sentencia del 19 de julio de 2012. CP (E) Susana Buitrago Valencia.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-15-000-2011-02081-01, Sentencia del 27 de octubre de 2011. CP Gustavo Eduardo Gómez y Sección Primera. Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00513-01, Sentencia del 15 de agosto de 2013. CP María Elizabeth García González.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02718-01, Sentencia del 4 de febrero de 2016. CP Alberto Yepes Barreiro.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

*haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.*<sup>34</sup>

*(...) De esta manera, los jueces de tutela deben analizar si al momento en que se presentó la acción de tutela ya se había conformado la lista de elegibles o está a punto de proferirse como uno de los elementos dentro del estudio de procedencia.*<sup>35</sup>

En ese sentido, la Sentencia T 425 de 2019, la Corte Concretó:

*“Según disponen los artículos 86 de la Constitución y 6.1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, que solo procede cuando el solicitante no disponga de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos fundamentales, salvo que se acredite un supuesto de perjuicio irremediable de “naturaleza ius fundamental”<sup>36</sup>.*

**De conformidad con la jurisprudencia constitucional, en asuntos relativos a concursos de méritos los participantes pueden cuestionar las actuaciones surtidas en el marco de la convocatoria en ejercicio de los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, la intervención del juez constitucional se restringe, de ser el caso, a conjurar un perjuicio irremediable.**

*En el presente asunto la acción de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad y, por tanto, es improcedente.*<sup>37</sup>

Lo anterior se traduce en que, en casos como el que nos ocupa, en los cuales la acción de tutela se presenta con el fin controvertir actos administrativos y determinaciones adoptadas en un proceso de selección de empleos públicos a través de concurso de méritos, en atención a que la acción constitucional en mención, es un mecanismo de carácter residual y subsidiario, encaminado a la **protección inmediata** de los derechos fundamentales, la regla general es la improcedencia, pues se entiende que existen otros recursos o medios de defensa judicial, (tales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual se puede solicitar la adopción de medidas cautelares), para amparar los derechos que se entienden amenazados o vulnerados, y se ha dispuesto de manera excepcional, la procedencia de dicha solicitud de amparo, en dos eventos<sup>38</sup>, (i) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental, lo que se traduce en un claro perjuicio para el actor; y (ii) cuando se ejerce la

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00058-01, Sentencia del 8 de mayo de 2012. CP Gerardo Arenas Monsalve y Sección Cuarta. Radicación número: 19001-23-31-000-2011-00010-01, Sentencia del 16 de marzo de 2011. CP Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez.

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-049/19 Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER

<sup>36</sup> Sentencias T-225 de 1993, SU-544 de 2001 y SU-772 de 2014.

<sup>37</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-425/19. Magistrado ponente: CARLOS BERNAL PULIDO

<sup>38</sup> Ver al respecto: Corte Constitucional. Sentencia T-423/18. Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, es decir, que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela (por ser un trámite ágil y sumario).

Analizando el medio de control correspondiente con problemáticas como la planteada, esto es, el de nulidad y restablecimiento del derecho, en lo que atañe a la idoneidad del mismo, entendida esta, como la aptitud material de dicho mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales que se invocan, y a la eficacia, que se refiere a que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección a los mismo derechos, este Despacho encuentra que el referido medio de control, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, resulta idóneo y eficaz, toda vez que dentro del mismo se puede solicitar la adopción de medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, medidas que según el artículo 230 de la ley en comento, podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o suspensivas. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) *mantener la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible;* (ii) *suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual;* (iii) *suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo;* (iv) *ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra;* e (v) *impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer a la cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.* De acuerdo con la norma en comento, esta serie de medidas cautelares, que en todo caso no constituyen un listado taxativo, se podrán decretar por parte del juez siempre que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda<sup>39</sup>.

Sumado a lo anterior y en torno al segundo evento de procedencia de la acción de tutela, se tiene que la misma jurisprudencia constitucional ha explicado los criterios a tener en cuenta por el operador judicial, al momento de determinar la existencia de un riesgo de perjuicio irremediable, dichos criterios son:

*“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”<sup>40</sup>*

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-243 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>40</sup>. Sentencia T-225 de 1993, reiterados en la sentencia SU-617 de 2013.





**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

Ahora bien, siguiendo lo manifestado por la Corte Constitucional, cuando la persona interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este tiene la carga de probar, aunque sea sumariamente<sup>41</sup>, la existencia de un perjuicio que sea inminente, que imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo<sup>42</sup>, que amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico<sup>43</sup> y que dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad<sup>44</sup>, pues de lo contrario, la acción se torna improcedente<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> La prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquél a quien puede perjudicar. Se opone, por tanto, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer. Así, en la sentencia T-199 de 2004, la Corte afirmó que: *“Expresamente, la legislación colombiana no define qué debe entenderse por prueba sumaria, a pesar de que en diversos ordenamientos y para distintos fines se alude a la misma. Por ejemplo, el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil establece que “Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos por dos testigos”. De igual manera, el artículo 299 ibídem, referente al tema de los testimonios rendidos ante notarios y alcaldes, alude al mencionado instituto procesal; e igualmente, el artículo 4 de la Ley 716 de 2001 se refiere a la prueba sumaria para efectos de la depuración de los registros contables de las entidades públicas. No obstante, de vieja data, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han precisado la noción de prueba sumaria. Así, para Antonio Rocha Alvira, la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar. En efecto, de conformidad con el artículo 29 Superior, toda prueba para ser considerada como tal debe ser sometida al principio de contradicción del adversario, lo cual significa que aunque de hecho en el proceso no haya sido controvertida, por ejemplo, porque la contraparte lo consideró inútil o haya dejado pasar la etapa procesal para hacerlo, se haya tenido la oportunidad procesal de hacerlo”*.

<sup>42</sup> Respecto a la característica de urgencia que debe tener el perjuicio irremediable, se puede consultar, entre otras, la sentencia T-525 de 2007, en la que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela porque el peticionario tenía a su disposición un medio ordinario de defensa judicial y no probaba el elemento de la urgencia, necesario para la configuración del perjuicio irremediable. En este caso, el peticionario de tutela interpuso la acción para pedir que se ordenara a su ARP la autorización de una cirugía pero la Corte no tuteló su derecho a la salud porque dicha cirugía ya había sido autorizada por la EPS del peticionario, de manera que no era necesario tomar medidas urgentes para conjurar la producción de un daño inminente.

<sup>43</sup> Respecto a la característica de gravedad, se puede estudiar, entre muchas otras, la sentencia T- 640 de 1996, en la que la Corte decidió declarar improcedente la acción de tutela interpuesta porque el peticionario tenía a disposición un medio de defensa judicial y no se configuraba un perjuicio irremediable en la medida en la que el derecho que se pretendía proteger no reportaba gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico. Así, en esta oportunidad, la Corte afirmó que: *“la restricción al derecho de circulación en determinado medio de transporte y en un horario restringido a unas pocas horas nocturnas dentro de los fines de semana, no puede considerarse, a juicio de esta Sala, una vulneración grave del derecho a la libre circulación que consagra el artículo 24 de nuestra Carta Política”*.

<sup>44</sup> En relación a la impostergabilidad del amparo, puede consultarse, entre otras, la sentencia T-535 de 2003, en la que se estudió el caso de un profesor de la Universidad de los Andes que consideraba que había sido injustamente despedido, en el año 1997, debido a la publicación de unos artículos que criticaban la gestión administrativa del Rector de esa institución. En dicha oportunidad, la Corte no tuteló los derechos invocados debido a que el paso del tiempo había desvirtuado la inminencia del perjuicio y la urgencia de las medidas transitorias a adoptar.

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-275 del 2012. M.P. Juan Carlos Henao Perez



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

En el caso que nos ocupa, la accionante no anunció ni mucho menos probó la existencia de un inminente perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, de petición y el derecho de acceso a cargos públicos.

Así las cosas, el Despacho concluye que en el presente caso, teniendo en cuenta los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela interpuesta por la CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, a través de apoderado, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNCS y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues de lo manifestado en el escrito de tutela y de las pruebas aportadas al expediente, no se logra acreditar lo referente al perjuicio irremediable, para la procedencia de la misma ante la existencia de otros medios judiciales, los cuales a juicio de este despacho se tornan idóneos y eficaces para ventilar el litigio planteado a través de la solicitud de amparo que nos ocupa. Por tal motivo, se declarará improcedente la presente acción de tutela, respecto de la pretensión de amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a cargos públicos de la accionante.

Ahora bien, en cuanto al tercer problema jurídico planteado, esto es, la posible vulneración del derecho fundamental DE PETICIÓN de la señora CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, por cuanto hasta la fecha, presuntamente no ha dado una respuesta completa y de fondo, a la solicitud por ella elevada el 03 de junio de 2020, se expone:

Manifiesta la parte accionante que el día 03 de junio de 2020 radicó petición *“ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar derecho de petición, ... Mediante oficio identificado con el número de radicado SIM 1761940114 de fecha 08 de junio de 2020, el ICBF contestó la petición (...) Sin embargo, el ICBF nada dijo respecto del interrogante numero 3° del derecho de petición: “Solicito se me informe ¿Cuantos cargos profesionales con similitud funcional, nivel jerárquico mismos ingresos hay en el ICBF a nivel nacional de la OPEC No OPEC: 38965 grado: 17 ¿cuantos cargos están ocupados por funcionarios de carrera administrativa y cuantos por provisionales?.”, vulnerado el derecho fundamental de petición, ocultando temerariamente una información que es de vital importancia para las resultas del presente tramite de tutela.”*

En ese sentido, estando abierto a pruebas el presente trámite, se allegó copia de la petición que la actora elevó ante el ICBF, la cual fue radicada vía electrónica el día 03 de junio del presente año, y en la cual, en el tercer ítem, solicita lo siguiente:

***“3. Solicito se me informe ¿Cuantos cargos profesionales con similitud funcional, nivel jerárquico mismos ingresos hay en el ICBF a nivel nacional de la OPEC No. 38965 grado: 17 ¿cuantos cargos están ocupados por funcionarios de carrera administrativa y cuantos por provisionales?”***



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

Ahora bien, igualmente fue allegada copia de la *Respuesta Derecho de Petición SIM No. 1761940114*, emitido por el ICBF, remitido a la accionante vía correo electrónico el día 08 de junio del año en curso. La respuesta emitida por la accionada, ante el interrogante arriba transcrito, consiste en lo siguiente:

*“Dentro de la OPEC 38965 como puede (SIC) se indicó no hay cargos vacantes ni provistos con nombramiento provisional o por encargo.”*

De lo expuesto, este Despacho concluye que con la emisión de la *“Respuesta Derecho de Petición SIM No. 1761940114”*, no se resuelve de manera clara y de fondo el tercer interrogante de la petición elevada por la accionante, sino que dicha respuesta se circunscribe a manifestar que para el empleo de OPEC No. 38965, no hay cargos vacantes ni provistos con nombramiento provisional o por encargo, sin entrar a responder lo referente a los cargos profesionales con similitud funcional, nivel jerárquico y mismos ingresos, al empleo de OPEC No. 38965.

Así las cosas, siguiendo los lineamientos legales y jurisprudenciales aludidos en esta providencia, se encuentra que en el presente caso existe una vulneración al derecho fundamental de petición de la accionante, pues se reitera, la respuesta al derecho de petición debe ser oportuna, completa, de fondo y notificada a tiempo al peticionario.

Partiendo de allí, con el fin de evitar que continúe la vulneración del derecho fundamental de PETICIÓN de la accionante, se tutelaré el mismo y se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, que dentro del término de los dos (2) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, se sirva dar respuesta COMPLETAMENTE y DE FONDO, la solicitud elevada por la señora CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, el día 03 de junio de 2020, en lo referente al tercer interrogante allí plantado, y que además notifique dicha respuesta a la interesada, dentro de los términos y formas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo de Cartagena**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **4. FALLA**

**PRIMERO. DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** de la presente acción de tutela, en cuanto a la solicitud de amparo de los derechos de acceso a cargos públicos, al trabajo, al debido proceso y a la igualdad, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. TUTELAR** el derecho fundamental de PETICIÓN de la señora CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, **vulnerado** por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



**Radicado No. 13001-33-33-009-2020-00072-00**

**TERCERO.** Como medida de protección, **ORDENAR** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, que dentro del término de los dos (2) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, se sirva dar respuesta **COMPLETAMENTE** y **DE FONDO**, la solicitud elevada por la señora CLARA BETY ZARATE CÁRDENAS, el día 03 de junio de 2020, en lo referente al tercer interrogante allí plantado, y que además notifique dicha respuesta a la interesada, dentro de los términos y formas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**CUARTO. NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito según lo ordenado en el artículo 30 y 31 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**QUINTO. Ordenar** a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, **PUBLICAR** de manera inmediata, luego de la notificación que de esta providencia se les haga, en la página web de las mismas, el presente fallo de tutela, con el fin de notificar a los terceros interesados el resultado de este trámite.

**SEXTO.** De no ser impugnada la presente providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

Juez

Firmado Por:

**MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ**

**JUEZ CIRCUITO**

**JUZGADO 009 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA**

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

Código de verificación:

**72590975a27929e727c50ef257b4d58e68bd34959f37de71714c1b8a6c5c8797**

Documento generado en 27/07/2020 10:48:28 a.m.

