



Referencia	Proceso	: Acción de Tutela
	Accionante	: Laura Elidia Mesa Pino y Alba Lucy Usme Duque (tutelas acumuladas)
	Accionado	: Comisión Nacional del Servicio Civil e I.C.B.F.
	Asunto	: Confirma Sentencia.
	Radicado	: 05266 31 10 002 2020 00163 01
	Ponente	: Dra. Luz Dary Sánchez Taborda.
	Sentencia	: Aprobada por acta No. 123

DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA QUINTA DE DECISIÓN DE FAMILIA

Medellín, nueve de octubre de dos mil veinte.

Procede la Sala a resolver la impugnación formulada por la accionante Alba Lucy Usme Duque a través de apoderado judicial,¹ contra la sentencia emitida por la Jueza Segunda de Familia de Oralidad de Envigado, el 10 de agosto de 2020, dentro de la acción de tutela promovida por la impugnante, a la cual fue acumulada la solicitud de tutela formulada por Laura Elidia Mesa Pino,² en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, trámite al que fueron vinculadas todas las personas que figuran en la lista de elegibles para el cargo identificado con el Código OPEC No 39889, Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8 ofertado en el marco de la Convocatoria No 433 de 2016 del ICBF y la Regional Antioquia del ICBF.

¹ Obsérvese el poder visible a folio 538 C. 1 digitalizado.

² En auto del 3 de agosto de 2020 F. 256 C. 1

ANTECEDENTES

Se indicó en los hechos de las demandas acumuladas que las accionantes se inscribieron a la convocatoria 433 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al cargo identificado con la OPEC 39889 Profesional Universitario Código 2044, Grado 8, para el que se ofertaron dos (2) vacantes para la ciudad de Medellín, convocatoria realizada mediante el Acuerdo 20161000001376 de 2016 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.

Que aprobaron las pruebas, cuyos resultados fueron publicados en octubre de 2017, obteniendo Laura Elidia un puntaje de 71.50 y el puesto 6 y, Alba Lucy 70.57 puntos y el puesto 12; que, una vez nombradas en carrera administrativa las personas que ocuparon los dos primeros puestos, pasó la primera a quedar en el puesto 4 y la segunda, en el puesto 10, en orden de mérito para ser nombradas en las vacantes que surgieran durante la vigencia de dos años de la lista de elegibles de la cual hacen parte.

Que, mediante el Decreto 1479 de 2017 se crearon 49 cargos en la planta global con la denominación Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020 expidió el Criterio Unificado sobre el uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en el que indicó que *“(...) Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito 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 de concurso en la misma entidad (...)”*

Que el “15 de julio” (sic) Laura Elidia Mesa Pino, radicó derecho de petición tanto al ICBF como a la CNSC, solicitando su nombramiento en período de prueba, haciendo uso de la lista de elegibles, de acuerdo con el citado criterio unificado, la cual le fue respondida el 8 de mayo de 2020 por parte del ICBF, indicándole

que mediante oficio 202012110000111551 solicitó a la CNSC el uso de listas de elegibles para proveer las vacantes definitivas que cumplen las condiciones del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, en especial la ubicación geográfica donde fue ofertado el empleo pero que aún estaba a la espera de esa respuesta, mientras que, esta última le respondió el 11 de mayo de 2020 **“que a la fecha no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado identificado con el Código OPEC Nro. 39889. Por lo cual, teniendo en cuenta que Usted no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 39889, 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.”**

Por su parte Alba Lucy Usme Duque, elevó petición al ICBF el día 13 de febrero de 2020, con copia a la CNSC, solicitando información sobre: el número y ubicaciones de vacantes a nivel país de la convocatoria 433 de 2016, en el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8; el número y ubicaciones de cargos nivel país creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 generadas con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016, relativas al mismo empleo, el número y ubicaciones de cargos a nivel país que se encuentran en vacancia definitiva, por fuera de las efectuadas en la convocatoria 433 y las creadas mediante el Decreto 1479 de 2017, el número de resolución y fecha de expedición en el cual se han realizado nombramientos en los cargos vacantes de los numerales 1, 2 y/o 3; y, si estos se han realizado en el estricto orden de la lista de elegibles vigente de la CNSC para proveer dichos cargos, o se obtuvo autorización de esa entidad en eventos excepcionales, para lo cual solicitó copia de los actos administrativos que motivaron esos nombramientos, sin haber obtenido respuesta.

Que el 26 de marzo de 2020, envió otro derecho de petición al ICBF, en el que solicitó información, acerca de qué cargos se encuentran en vacancia definitiva, desiertos, en provisionalidad o en encargo para Profesional Universitario, código 2044 grado 8, con perfil trabajo social, a nivel departamental, regional y de centro zonal, en el Sistema General de Carrera Administrativa de esa entidad, del cual recibió respuesta el día 14 de mayo de 2020, pero incompleta pues se omitió información respecto al real número de vacantes definitivas en la regional Antioquia y del país, por lo que luego de reunir material probatorio para

demostrar la vulneración a la información clara y de fondo instauró acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que se ampare el derecho fundamental de petición, la cual fue admitida el día 24 de julio de 2020.³

Ambas accionantes se duelen de que las entidades accionadas, han dilatado la aplicación de las listas de elegibles, toda vez que, se han enterado de nombramientos en ascenso de personas que eran titulares en el cargo denominado Profesional Universitario, código 2044, grado 8, OPEC 10847, para el cual concursaron y que por lo tanto han quedado en vacancia definitiva, siendo claro que, en la Regional Antioquia, actualmente no sólo existen las dos vacantes definitivas creadas mediante el Decreto 1479 de 2017, sino como mínimo seis (6), como consecuencia de las renunciaciones y ascensos, surgidas durante la vigencia de la lista de elegibles N° CNSC –20182230072125 del 17-07-2018; y estas últimas el ICBF no las relacionó en ninguna de las peticiones elevadas por ellas y por otros participantes de la convocatoria, cuando de hacerlo les daría la posibilidad, al menos a la señora Mesa Pino de acceder a uno de los cargos, porque según el orden de la lista ocupa el puesto 4.

Que, las accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad y el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el artículo 11 del Acuerdo 562 de 2016 estableció que las listas de elegibles deben usarse cuando hay vacantes definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión 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 la lista de elegibles conformada 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, o en virtud de la creación de nuevos cargos.

Con fundamento en los anteriores hechos solicitaron, que se ordene a las accionadas, recomponer la lista de elegibles contenida en la Resolución Nro.

³ Consultada la página de la Rama Judicial, correspondió al Juzgado 11 de Familia de Oralidad de Medellín, Despacho que emitió sentencia el 5 de agosto de 2020, concediendo la tutela del derecho fundamental de petición.

CNSC-20182230072125 del 17 de julio de 2018 con la totalidad de las vacantes definitivas correspondientes de los empleos con igual denominación, código, grado, asignación salarial, funciones y ubicación geográfica, de la OPEC 39889, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8.

Que se les ordene además que, en un término no superior a 48 horas, procedan a dar inicio a los trámites correspondientes al nombramiento, posesión y período de prueba de las accionantes en el empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8; dando cumplimiento y orden estricto de mérito en cada una de las vacantes de la Regional Antioquia y del país, con la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC – 20182230072125 DEL 17-07-2018, pues como lo relacionaron en los derechos de petición que han presentado, son vacantes definitivas provistas en encargo.

Que de no ser posible hacer el nombramiento en la Regional Antioquia, les informen el por qué y les ofrezcan otras plazas a nivel país de los empleos que cumplan con el criterio -igual denominación, código, grado, funciones, asignación básica mensual-, en las que puedan ser nombradas.

Adicionalmente Laura Elidia Mesa Pino solicitó:

*“SE ORDENE en primer lugar a la **CNSC** suspender los términos de vencimiento de la lista de elegible con Resolución No. CNSC –20182230072125 del 17-07-2018, toda vez que está a punto de vencer y el ICBF no ha aportado la información oportuna y real de las vacantes definitivas a los y las integrantes de la lista de elegibles (...).*

*(...) SE ORDENE al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, que de manera inmediata, proceda a informar clara y explícitamente todas y cada una de las vacantes definitivas para el empleo denominado **PROFESIONAL UNIVERSITARIO**, Código 2044, Grado 8 en la Regional Antioquia; y que de aquellos que sean reportados como vacantes temporales, se informe claramente el nombre y ubicación del titular (...).*

Admitida la demanda y vinculadas las personas a quienes les pueda asistir interés en el proceso y notificadas del contenido del auto respectivo, se pronunció la CNSC, indicando en primer lugar, respecto de Laura Elidia Mesa Pino que existe temeridad de su parte, al haber presentado otra acción de tutela por los mismos hechos ante el Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín, admitida el 24 de julio de 2020 y contestada por esa entidad el 28 de julio siguiente, por lo que la presente acción es improcedente, como también lo es, porque no se cumple con el presupuesto de la subsidiariedad, toda vez que la acción de tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de los actos administrativos que se refieren a los resultados de los concursos de méritos, ya que cuenta con otros mecanismos como son el control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011 y que además no demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

Que esa entidad conformó la lista de elegibles mediante Resolución No. CNSC - 20182230072145 del 17 de julio de 2018, que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, para proveer dos (02) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 39889, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, ofertado a través de la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF-, que estará vigente hasta el 30 de julio de 2020, en la cual la accionante ocupó la posición 6, es decir, no ocupa posición meritória para ser nombrada en ningún cargo.

Que como para el empleo en mención se ofertaron dos (2) vacantes, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba, fueron los aspirantes que ocuparon los primeros dos lugares en la precitada Lista de Elegibles, por lo tanto, el empleo identificado con el código OPEC No. 39889, se encuentra provisto.

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 el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursaron.

Que es cierto que con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, el ICBF creó una (1) nueva vacante del empleo identificado con el OPEC No. 39889, denominado Profesional Universitario, código 2044, grado 8, frente al cual resulta válido la aplicación del Criterio Unificado expedido por la CNSC en relación con lo dispuesto por la Ley 1960 de 2019,⁴ razón por la cual, el ICBF, mediante radicado de entrada No. 20203200539312 del 07 de mayo de 2020, reiterado con radicado No. 20203200618982, procedió a solicitar el uso de Listas de Elegibles para proveer una (1) vacante con la Lista conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182230072145 del 17 de julio de 2018.

Que mediante oficio con radicación No. 20201020470461 del 12 de junio de 2020 y oficio No. 20201020519591 de 9 de julio de 2020, esa Comisión procedió a autorizar el uso de la precitada Lista de Elegibles para que el ICBF pudiese proveer una (1) nueva vacante del empleo 39889, para la posición 3 autorización que fue enviada a la entidad para que procediera de conformidad con sus competencias, sin que alcanzara la posición N° 6 que es la que ocupa la actora.

Que en el evento que el ICBF a la fecha, disponga de nuevas vacantes que correspondan a la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, del empleo identificado con el código OPEC No. 39889, que no hayan sido ofertadas en la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, deberá registrarlas en SIMO y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esa Comisión Nacional proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes, de conformidad con la Ley 1960 de 2019 y la Circular externa 001 de 2020.

⁴ “Por la cual se modifican la Ley [909](#) de 2004, el Decreto Ley [1567](#) de 1998 y se dictan otras disposiciones”

Al dar contestación a la acción de tutela presentada por Alba Lucy Usme Duque, una vez acumulada a la de Laura Elidia Mesa Pino,⁵ indicó que la señora Usme Duque ocupó el puesto 12 de la lista de elegibles que se conformó por parte de esa entidad, por lo que estando a diez (10) vacantes respecto de los dos primeros lugares, no era posible que se realizara su nombramiento, reiterando que el empleo N° 39889 se encuentra provisto con los elegibles ubicados en la posición uno a dos.

Indicó que la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 rige a partir de su publicación, ocurrida el 27 de junio de 2019, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha.

Que la lista de elegibles, conformada mediante la Resolución No. CNSC – 20182230072145 del 17 de julio de 2018, cobró firmeza el 31 de julio de 2018 y su fecha de vencimiento era el 30 de julio de 2020, por lo cual a esta fecha todos los que se encuentran en la mencionada lista ya pierden su calidad de elegibles pues la misma ya está vencida, por lo que se puede concluir que Alba Lucy Usme Duque ya no ostenta la calidad de elegible.

Que no existe la afectación de los derechos fundamentales que aluden las accionantes, razón por la cual solicitó se declare la improcedencia de la acción frente a la CNSC (folios 105 -111y 349-358).

Por su parte el ICBF indicó que en el presente caso la tutela deviene improcedente, por no cumplir con los requisitos de “trascendencia ius fundamental”, así como subsidiariedad y perjuicio irremediable, porque ya se publicó la lista de elegibles que adquirió firmeza hace dos años, la cual se conformó para proveer (2) vacantes, y en dicha lista Laura Elidia Mesa Pino ocupó la posición número (6), que dicha lista no fue cuestionada por la actora ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles, sino las actuaciones surgidas con posterioridad, como lo es el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019,

⁵ Mediante auto del 3 de Agosto de 2020, folio 256 C. 1

que en el fondo ataca la aplicación de un acto de carácter general proferido por la CNSC “Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019” del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se halla amparado por la presunción de legalidad.

Que no ha incurrido en ninguna actuación vulneratoria de los derechos fundamentales cuya protección se invoca, puesto que, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la Convocatoria, y solo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC, como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el Criterio Unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en virtud del cual se están usando las listas de elegibles de la convocatoria 433 de 2016 en los casos autorizados por la CNSC.

Que la solicitud para el uso de la lista de elegibles se llevó a cabo y se están adelantando los trámites necesarios para su cumplimiento, que dicha solicitud se realizó para proveer solamente una (1) vacante que surgió con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016 y que la accionante se encuentra en la posición N° 6.

Que para el caso concreto, a través de la Oferta Pública de Empleos de Carrera No. 39889 (OPEC 39889), se ofertaron (2) vacantes del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8, cuya ubicación geográfica era la Regional Antioquia, Medellín, tal y como se puede verificar en el link: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-433-icbf>.

Que conformada la lista de elegibles se efectuó el nombramiento de las personas que ocuparon los dos primeros lugares, las cuales tienen derechos de carrera por haber superado los seis (6) meses de período de prueba.

Que en aplicación a lo establecido en el Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, mediante el oficio No202012110000111551 de fecha 07 de mayo de 2020, el ICBF realizó la solicitud a la CNSC de uso de listas para las

nuevas vacantes que se generaron con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016 aplicando los criterios de “*mismo empleo*” específicamente para la OPEC 39889, para proveer una (01) vacante del empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 08, y que se encuentran adelantando los trámites administrativos necesarios para efectuar el nombramiento en período de prueba de la ÚNICA vacante solicitada, dentro de la cual se encuentra la señora María Fátima Gómez Bedoya por ser quien ostenta la posición N° 3 de la referida lista y que no se registran más vacantes para la OPEC 39889, que fue para la que participó la accionante.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad ni el perjuicio irremediable o en su defecto sea negada al no advertirse violación de derechos fundamentales (folios 260-269).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza de primera instancia “declaró improcedente” la acción de tutela por no encontrar satisfecho el requisito de la subsidiariedad, dado que en el fondo, lo pretendido por las accionantes es cuestionar la veracidad de los pronunciamientos que ha emitido el ICBF para indicarles que en su planta de personal solamente existe un cargo para ser provisto con la lista de elegibles a la que pertenecen, pronunciamientos que constituyen actos administrativos susceptibles de ser atacados a través de la vía ordinaria.

Tampoco es procedente una intervención excepcional por las inconsistencias atribuidas a las respuestas dadas en su momento a las tutelantes por las entidades accionadas, pues con la contestación allegada por el ICBF y la respuesta que le dio a la señora Mesa Pino por correo electrónico el 23 de julio de 2020, quedó más que claro que en la entidad ya se acató el Criterio Unificado proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020 y se descarta, por ende, que la entidad no haya aclarado si existen vacantes definitivas en su planta de personal para nombrar a las accionantes, que la entidad ya precisó que la lista de elegibles sólo iba a ser utilizada para proveer el único cargo disponible, conforme lo anunció en su contestación (Folios 446-459).

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme la accionante Alba Lucy Usme Duque a través de apoderado judicial, impugnó la sentencia diciendo que, se equivocó la *a quo* al aducir que se faltó al requisito de la subsidiariedad, porque frente al tema ha indicado la Corte Constitucional, 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, por lo que tutela es procedente, aunque exista otro mecanismo de defensa.

Que también se cumplió con el requisito de inmediatez, porque Alba Lucy Usme Duque, de manera reiterada y diligente, solicitó a las demandadas información sobre el estado del concurso y las vacantes que se hayan podido generar a efectos de lograr su nombramiento en período de prueba, tal como se evidencia de los hechos expuestos en la demanda, recibiendo contestación a su última solicitud en el 23 de julio de 2020 por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante oficio radicado N° 20201020548981 como respuesta a la petición que formuló el día 15 de julio de 2020 bajo el radicado N° 20203200730072, transcurriendo solamente un mes entre esa fecha y la presentación de la acción de tutela, como también que la vulneración ha permanecido en el tiempo.

Seguidamente y respecto al fondo del asunto, indicó que 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 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”*, que por el contrario dicha Ley fue clara 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 concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.”*

Que, en razón a lo anterior, el Criterio Unificado de uso de la lista expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, debe ser inaplicado por inconstitucional.

Que en el caso sub examine, la situación jurídica en la que se encuentra la parte actora se enmarca claramente dentro de una mera expectativa de derecho, más no, de un derecho consolidado, consumado o adquirido, puesto que mientras persista la vigencia de la lista de elegibles para su uso solamente se cuenta con la esperanza de la configuración en cualquier momento de un hecho que permita la generación de una vacante definitiva que habilite su nombramiento en período de prueba, acontecimiento que sólo puede generar efectos jurídicos a favor de la parte actora dentro del término de vigencia de dicha lista, vencido éste, se configuraría una imposibilidad jurídica, extinguiéndose toda posibilidad para adquirir el derecho pretendido: el ingreso a la carrera administrativa en virtud del mérito.

Que por lo tanto, la anterior disquisición jurídica se subsume en la regla de la retrospectividad de la Ley fincada por la Corte Constitucional, cuando explica que se trata su aplicación en el tiempo de manera excepcional, que ocurre cuando se presenta la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de

ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva y siendo así, el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 debe ser aplicado a los concursos de méritos que se encontraban en trámite al momento de su entrada en vigencia, considerando que el concurso a que se refiere la convocatoria 433 de 2016 en la que participó la accionante, se encontraba aun en trámite ya que el mismo finaliza con el cumplimiento del período de prueba del designado.

Los fundamentos de su impugnación los apoya en la sentencia emitida el 30 de junio de 2020 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona Norte de Santander, dentro del radicado 54 518 3112 002 2020 000033 01, en la que dicha corporación inaplicó el citado criterio unificado emanado de la CNSC el 16 de enero de 2020, razón por la cual debe revocarse la sentencia y concederse la acción de tutela a su favor (folios 516-537 C. 1).

CONSIDERACIONES

1.- Esta Sala es competente para resolver la impugnación del fallo reseñado, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Por sabido se tiene que la acción de tutela es un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular, en los términos señalados por la ley. Reiteradamente, la práctica jurisprudencial ha conceptuado, que la tutela es un mecanismo **subsidiario** para la protección de tales derechos, acorde con el nuevo régimen constitucional; y que solo sería viable, cuando estén amenazados o en peligro, derechos fundamentales y no exista otro mecanismo o procedimiento de defensa judicial que pueda evitarlo, y además, su viabilidad se predica de aquellos derechos considerados como preferenciales, no así, de los que tienen o provienen de un rango legal, excepto, claro está cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que pueda causar un acto, acción u omisión, cuyos efectos además sean irreversibles. (Art. 86 de la C.P., Decreto 2591 de 1991 y Decreto 306 de 1992).

Teniendo en cuenta la impugnación formulada por el mandatario judicial de la señora Alba Lucy Usme Duque, corresponde a la Sala establecer, si le asistió la razón a la juez de primera instancia al declarar improcedente la acción de tutela, por contar la actora con otro mecanismo de defensa judicial para la reclamación de la protección de sus derechos fundamentales, o si como lo afirma la impugnante, el medio judicial no resulta idóneo ni eficaz, 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.

De asistirle la razón a la impugnante, habrá de dilucidar la Sala si, 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, debe ser inaplicado, porque dicho acto administrativo interpreta en forma restrictiva la Ley 1960 de 2019, al condicionar que la misma se aplica solamente respecto a las nuevas vacantes que surgieran con posterioridad al 27 de junio de 2019 y tuvieran identidad con la OPEC para la cual concursó el elegible, es decir, que correspondan *“a los mismos empleos”* entendiéndose por tales *“igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y el mismo grupo de aspirantes”*.

A efectos de dar solución al problema esbozado, pertinente resulta referirse a lo siguiente:

2.- Los empleos en los órganos y entidades estatales son de carrera, excepto los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás determinados por la ley; los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no determine la Constitución o la Ley deben ser nombrados por concurso público.

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias

del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Sobre el tema la Corte Constitucional en la sentencia SU-913 de 2009. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez, señaló que: *“(i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe.*

En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa”.

3.- La máxima guardiana de la constitución en reiterados pronunciamientos,⁶ ha considerado que el medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho⁷ se constituye en un mecanismo judicial idóneo para garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados dentro de un concurso de méritos, más aún cuando a través de dicha acción, se puede solicitar y obtener la suspensión provisional de ciertos actos administrativos desde el momento mismo de la admisión de la demanda.⁸

⁶ Ver por ejemplo: sentencias T-533 de 1998 y T-640 de 1996 y T-127 de 2001.

⁷ Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

⁸ De conformidad con lo previsto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 229 de la misma, cuando se pretenda la nulidad de un acto éste, podrá pedirse (i) en la demanda o en escrito separado antes de ser notificado el auto admisorio o (ii) con posterioridad

La corporación referida, ha venido sosteniendo que la suspensión provisional es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como medida cautelar cuando una entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado.

Así las cosas, el legislador al reglamentar el mecanismo de la suspensión provisional, ha buscado ofrecer a los particulares un medio eficaz y oportuno, que se materialice desde la admisión misma de la demanda, para evitar que sus derechos sean vulnerados de manera flagrante por la administración. Empero, en ciertos eventos esa circunstancia no resulta incompatible con la acción de tutela, cuando ella se utiliza como mecanismo transitorio, según tuvo ocasión de exponer la Corte Constitucional en la sentencia SU 039 de 1997, así:

"En relación con la compatibilidad entre la acción de tutela y las acciones contencioso administrativas y la suspensión provisional del acto administrativo, se exponen las siguientes consideraciones: 1) Procede la tutela como mecanismo definitivo, cuando la persona afectada en su derecho fundamental no cuenta con acción contenciosa administrativa. También, en el evento de que no sea posible a través de la acción contenciosa administrativa, controvertir la violación del derecho fundamental o dicha acción se revela insuficientemente idónea o ineficaz para la efectiva protección del derecho. 2) Procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando el afectado en su derecho fundamental dispone de acción contenciosa pero no procede la suspensión provisional".

4.- Preciado entonces, que la acción de tutela no ha sido diseñada para sustituir los medios judiciales ordinarios de defensa,⁹ tales como el medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se pretende como en el caso cuestionar el criterio unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL

en cualquier estado del proceso. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia de 29 de enero de 2014. Consejero Ponente. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Exp.11001-03-27-000-2013-00014-00(20066), indicó que: "la nueva regulación de la suspensión provisional establecida en el C.P.A.C.A, prescinde de la "manifiesta infracción" exigida en la antigua legislación, y "presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud". Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez para realizar un estudio de una manera más amplia que la prevista en la legislación anterior".

⁹Ver, entre otras, las sentencias T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992.

CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019” de 16 de enero de 2020, emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, pasa la Sala a estudiar si en esta oportunidad puede ser utilizada de manera excepcional para la protección a efectos de conjurar un perjuicio irremediable como arguyó la accionante.¹⁰

La impugnante afirma que acudir a la Justicia ordinaria para reclamar la protección de sus derechos 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, por lo que tutela es procedente.

Para resolver el asunto puesto a consideración de la Sala, pertinente resulta traer aquí a colación lo dicho por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 531 de 1993,¹¹ que al referirse al perjuicio irremediable indicó que se trata de un “concepto abierto” que debe ser precisado por el juez en cada caso concreto, a su vez que permite al funcionario judicial “darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de su decisión”.¹²

Así las cosas, sólo de la apreciación de las circunstancias fácticas de cada caso es posible deducir o no la existencia de un perjuicio irremediable, que según la sentencia T- 1316 de 2001, debe reunir las siguientes características: “... 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 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

¹⁰ Obsérvese apartado final del hecho 8^a del libelo demandatorio.

¹¹ Eso sostuvo esta Corporación en la sentencia C-531 de 1993 mediante la cual declaró la inexecutable del inciso segundo del numeral primero del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, precepto que definía el perjuicio irremediable como aquel que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

¹² Sentencia C-531 de 1993.

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.”

Por esta deriva, el detrimento irremediable que se tiene en cuenta para efectos de la procedencia excepcional de la acción de tutela es aquel que cumple con estos presupuestos. De lo contrario, esto es, si falta alguno, debe aplicarse la regla general de improcedencia de la tutela cuando existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz.

Lo consignado sobre el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, permite concluir que el asunto que se analiza, escapa a la órbita del juez constitucional, si en cuenta se tiene que la impugnante Alba Lucy Usme Duque reclamó frente a las accionadas, recomponer la lista de elegibles contenida en la Resolución Nro. CNSC-20182230072125 del 17 de julio de 2018 con la totalidad de las vacantes definitivas correspondientes a los empleos con igual denominación, código, grado, asignación salarial, funciones y ubicación geográfica, de la OPEC 39889, denominado Profesional Universitario, Código 2044, gado 8, para el cual participó en la convocatoria 433 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como también que inicien los trámites correspondientes a su nombramiento y posesión en período de prueba en el citado cargo, por existir vacantes definitivas provistas en encargo que surgieron con posterioridad a la convocatoria, razón por la cual debe aplicarse.

Sin embargo, ninguna situación apremiante demostró, como para no poder esperar a las resultas del proceso ordinario pues quedó demostrado que el lugar que ocupó en la lista de elegibles contenida en la Resolución Nro. CNSC-20182230072125 del 17 de julio de 2018 fue el número 12.¹³

Así mismo quedó probado que las ocupantes de los dos primeros lugares en la referida lista fueron designadas y debidamente posesionadas, como se infiere de la contestación del informe rendido por el ICBF y sus anexos visible a folios

¹³ Ver folio 350 C. 1

263 y siguientes del C. 1 y que esa entidad en aplicación a lo establecido en el en el Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, mediante el oficio No202012110000111551 de 7 de mayo de 2020, realizó la solicitud a la CNSC de uso de listas para las nuevas vacantes que se generaron con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016 aplicando los criterios de “*mismo empleo*” específicamente para la OPEC 39889, para proveer una (01) vacante del empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 08, la cual según el orden de la lista, correspondía a la participante María Fátima Gómez Montoya, ocupante del tercer lugar,¹⁴ habiéndose otorgado la autorización por parte de la CNSC.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que, si la señora Usme Duque, ocupó el puesto No. 12 de la lista de elegibles para proveer el cargo al que aspira, y las dos primeras vacantes fueron provistas con las personas que ocuparon los dos primeros renglones de la misma, en tanto que, para la provisión de la vacante que resultó de manera posterior a la convocatoria 433 se solicitó la autorización para el uso de dicho listado, autorizando la CNSC el nombramiento con la persona que ocupa el tercer lugar, ninguna expectativa de ser designada por lo menos en un período corto de tiempo le asiste, y de contera, no se advierte ni por asomo la irremediabilidad del perjuicio.

Ahora bien, el hecho de que para el momento en que se presentó la acción de amparo, estuviere *ad portas* de vencerse la lista de elegibles a que refiere la Resolución Nro. CNSC-20182230072125 del 17 de julio de 2018, no evidencia una amenaza a los derechos fundamentales de la impugnante, si en cuenta se tiene, el lugar que ocupó en la misma, pues de haber surgido como sostuvo seis vacantes más, tampoco alcanzaría a ocupar una posición que permita su nombramiento en período de prueba.

De singular importancia en el asunto resulta el hecho de que la accionante no acreditó al menos sumariamente, que se le esté irrogando un perjuicio irremediable, circunstancia que tornaría procedente de forma transitoria la

¹⁴ Folio 263

solicitud de tutela de sus derechos fundamentales. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-343 de 2001, señaló:

“Las consideraciones sobre la lentitud y morosidad de los procesos administrativos no pueden conducir a la configuración de un perjuicio irremediable por cuanto el proceso judicial, en cualquiera de sus manifestaciones, requiere de un cierto tiempo, entre otras razones, por la necesidad de preservar garantías constitucionales de las partes. La congestión judicial y demoras de los procesos es una realidad innegable, que aun cuando es necesario corregir en la medida de lo posible, imponen para las partes una carga que deben asumir, salvo en los casos en que excepcionalmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha identificado para la defensa de los derechos fundamentales. No puede el juez de tutela, sin vulnerar el derecho a la igualdad y sin que realmente concurra la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, alterar esa situación para conocer en sede de tutela, de manera anticipada y sumaria, lo que debe ser objeto de decisión por el juez ordinario.”

Por esta deriva, la solicitud de tutela que se analiza, desemboca en la hipótesis de improcedencia de que trata el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, en armonía con el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, porque la accionante (i) no aportó al proceso elemento de prueba encaminado a demostrar la imposibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (ii) no es un sujeto de especial protección constitucional; (iii) se trata de un asunto particularmente litigioso, y por ende, todos los debates teóricos y probatorios deben darse ante el juez natural del proceso, lo que releva a la Sala de adentrarse en el análisis de fondo del asunto.

Por lo dicho, habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Quinta de Decisión de Familia, administrando justicia en nombre de la República y por mandato Constitucional, **CONFIRMA** la sentencia proferida por la Juez Segunda de Familia de Oralidad de Envigado el 10 de agosto de 2020, dentro de la solicitud de tutela promovida por Alba Lucy Usme Duque, acumulada

a la instaurada por Laura Elidia Mesa Pino, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, trámite al que fueron vinculadas todas las personas que figuran en la lista de elegibles para el cargo identificado con el Código OPEC No 39889, Profesional Universitario, Código 2044, Grado 8 ofertado en el marco de la Convocatoria No 433 de 2016 del ICBF y la Regional Antioquia del ICBF.

NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito a las partes, a la señora Juez de Primera instancia, mediante oficio. **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo para su eventual revisión, en los términos del Acuerdo PCSJ20-11594 del 13 de julio de 2020.

NOTIFÍQUESE



LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA
Magistrada Ponente



GLORIA MONTOYA ECHEVERRI
Magistrada

EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA
(Ausente con justificación)

