

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA DE TUTELA No. 061

Rad. 76001-33-33-015-2021-00108-00

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021).

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Por medio de la presente providencia, se ocupa el Juzgado de emitir la decisión de fondo que se considere acertada en derecho dentro de la presente acción de tutela formulada por la señora Claudia Liliana Toro Chala contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso al empleo público y a la carrera administrativa, trabajo y mínimo vital.

II.- ANTECEDENTES

Manifestó¹ la señora Claudia Lilia Toro Chala que se presentó al concurso abierto de méritos adelantado por la CNSC a través de la convocatoria No. 433 del 2016 para proveer definitivamente 2470 empleos vacantes identificados con el código OPEC 34288, denominado defensor de familia grado 17, código 2125, ofertados por el ICBF, el que para la fecha era ubicado en la ciudad de Popayan – Cauca, en donde se reportaban 27 vacantes.

A través del Decreto 1479 del 2017, por medio del cual se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones, se crearon 328 cargos, incluido defensores de familia código 2125, grado 17, las cuales fueron distribuidas mediante la resolución No. 7746 del 05 de septiembre de 2017, que no fueron parte de las vacantes ofertadas por el acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, en razón a que en esa fecha el acuerdo de la convocatoria se regía por la Ley 909 de 2004.

¹ (Expediente digital, archivo 01 escrito tutela y anexos).

Una vez aprobadas las etapas de la convocatoria, la CNSC publicó la Resolución CNSC No. 20182230071785 del 17 de julio de 2018, mediante la cual conformó la lista de elegibles para proveer veintisiete (27) vacantes en el empleo identificado con el código OPEC No. 34112 denominado Defensor de Familia código 2125 grado 17, en la que ocupó el puesto 48 y registró un puntaje total de 69.96.

Posteriormente se expidió la Ley 1960 de 2019 que en su artículo 6º consignó que la lista de elegibles tendrá una vigencia de dos años y se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las definitivas de los cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria. Sin embargo, dicha normativa fue objeto de estudio por parte de la CNSC el 1 de agosto de 2019 indicando que solo es aplicable en las convocatorias iniciadas antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley, debiendo agotar el procedimiento conforme a las reglas establecidas y las normas que sirvieron de sustento, posición que fue dejada sin efectos por un nuevo criterio unificado del 16 de enero de 2020.

Refirió que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de tutela de segunda instancia del 17 de septiembre de 2020² instaurada por Yoriana Astrid Peña Parra y Angela Marcela Rivera Espinosa (radicado 76 001 33 33 008 2020-00117-01), revocó la sentencia No. 93 del 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, tutelando los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de las citadas señoras, e inaplicó por inconstitucional el Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020 y ordenó al ICBF que informe a la CNSC sobre las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de las diferentes OPEC y una vez que la CNSC reciba dicha información, proceda a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, código 2125, grado 17 de cada una de la OPECS, cuyas listas vencían el pasado 30 de julio de 2020.

En cumplimiento a lo ordenado, el ICBF consolidó las vacantes y las remitió ante la CNSC con oficio 202012110000338811 del 14 de diciembre de 2020, radicado en la CNSC bajo el nro. 20203201349762 del 16 de diciembre de 2020, en

² (Expediente digital, archivo 09AnexosContestaciónCNSC, anexo 4).

donde informó que una vez verificada la planta de personal de la entidad, se evidencian 194 vacantes definitivas para ese empleo, de las cuales 94 fueron reportadas a la CNSC en aplicación del criterio unificado para las diferentes OPEC.

Luego, la CNSC expidió la Resolución No. 0715 de 2021, por medio de la cual dio cumplimiento a la orden judicial referida y resolvió conformar la lista de elegibles para el empleo de marras, en donde se le otorgó la posición 136.

El 7 de mayo de 2021 elevó petición al ICBF (radicado nro. 1762565216) y a la CNSC, para que le informarán sobre las vacantes definitivas y los nombramientos, sin tener a la fecha respuesta por parte del primero.

Consideró que al haber superado todas las pruebas del concurso y encontrarse en la lista de elegibles, es apta para la escogencia de una vacante, sin embargo, tuvo conocimiento que ya se llevó a cabo la audiencia de escogencia de cargo el 5 de abril de 2021, la cual no le informaron, además, solamente se designaron 124 cargos de los 194 reportados, aunado a ello 35 personas que conforman la lista de elegibles no dieron respuesta ni escogieron el centro zonal de su interés, por lo tanto, quedaron nuevamente vacantes pero el ICBF continuó el proceso de selección y determinó que así quedaba la audiencia. Razón por la cual, considera que el ICBF desconoció el derecho adquirido al no permitirle participar de la audiencia de escogencia de cargos, atendiendo que actualmente existen vacantes a nivel nacional, pues han renunciado varios funcionarios los cuales aún no han sido reemplazados, vacantes que están siendo ocupadas en provisionalidad o en encargo, lo que no cumple con los criterios establecidos por el Tribunal del Valle del Cauca.

Manifestó que en la audiencia virtual realizada el 5 de abril calendario se presentaron irregularidades, como quiera que se asignaron cargos en centros zonales donde los elegibles no aceptaron, no contestaron o no escogieron la asignada, de los 124 cargos están vacantes a diciembre de 2019, son 35 cargos en estas condiciones a los que el ICBF les asignó una OPEC en los diferentes centros zonales. Así pues, le están negando la oportunidad a personas que como ella, hubiesen escogido un centro zonal sin importar la regional, ya que lo que le interesa es continuar laborando en ese instituto, entidad en la que estuvo vinculada como defensora de familia desde el 2010, garantizando así su mínimo vital.

Adujo que el ICBF tenía que dar estricto cumplimiento a la orden impartida por el Tribunal Administrativo del Valle, pues no debió realizar ningún nombramiento

hasta que la CNSC proyectara la lista de elegibles unificada y ahí si nombrar además de los 194 cargos que aparecían con vacancia definitiva con corte al 16 de diciembre de 2020, los que resultaran vacantes en el transcurso del presente año.

Solicitó la tutela de sus derechos fundamentales vulnerados por el ICBF y la CNSC, al no hacer uso debido de la lista de elegibles unificada de vacantes definitivas y por tanto solicitó se ordene proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes, con el fin de expedir el acto administrativo de nombramiento en carrera administrativa y se permita la elección de sede.

III. DERROTERO PROCESAL

Mediante auto interlocutorio No. 151 del 10 de junio del año 2021³, se admitió la solicitud de tutela y se decretaron las pruebas respectivas, tales como las presentadas documentalmente e información detallada sobre los antecedentes del asunto por parte de la entidad accionada. Así mismo, se ordenó la vinculación de los aspirantes a defensor de familia código 2125, grado 17 que se encuentren en la lista de elegibles estructurada en la resolución No. 0715 del 26 de marzo de 2021, de los que actualmente ocupen el cargo de defensor de familia bien sea en provisionalidad o por encargo dentro de la planta global del ICBF y los creados mediante decreto 1479 de 2017 y distribuidos mediante resolución 7746 de 2017 y a los demás que puedan verse afectados.

A través de auto interlocutorio nro. 147 del 16 de junio del año 2021⁴ se admitió la vinculación de Yeimy Lorena Vera Peña y Martha Patricia Acuña Arevalo, identificadas con cédulas de ciudadanía Nos. 1.075.210.455 y 1.051.657.117 respectivamente, por tener interés en las resultas del presente proceso, conforme a los escritos presentados visibles en el expediente digital.

3.1. Intervención de Yeimy Lorena Vera Peña⁵

Indicó que conforma la lista de elegibles para optar por la vacante ofertada del empleo identificado con el Código OPEC No. 34772, denominado defensor de familia, Código 2125 Grado 17, del sistema general de carrera administrativa

³ (expediente digital, archivo 03AutoAdmisorio).

⁴ (expediente digital, archivo 10AutoAdmiteVinculación).

⁵ (expediente digital, archivo 06SolicitudVinculaciónYeimyVera).

del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y solicitó se declare improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora CLAUDIA LILIANA TORO CHALA toda vez que no se ha menoscabado ningún derecho fundamental, además de que la tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para los derechos fundamentales y no cumple con los requisitos dispuestos en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, como la relevancia constitucional, inmediatez y subsidiaridad.

En su lugar pidió la tutela de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso administrativo, al acceso a cargos públicos de conformidad y al principio de la confianza legítima y por tanto se ordene a la CNSC modificar la Resolución nro. 0715 del 26 de marzo de 2021 e incluir la OPEC 34772 de Bucaramanga, que se encontraba vigente al 30 de julio de 2020, y al ICBF dejar sin efecto las resoluciones expedidas en cumplimiento de la No. 0715 del 26 de marzo de 2021, por contrariar el artículo 125 de la Constitución Política y se tomen las determinaciones para la efectividad de la protección de los derechos vulnerados de todos los elegibles inscritos ese cargo.

3.2. Intervención de Martha Patricia Acuña Arévalo⁶

Indicó que fue defensora de familia del ICBF en provisionalidad, nombrada mediante resolución No. 7781 del 5 de Septiembre de 2017, con sede laboral en el municipio de Fundación Magdalena. Frente a la resolución No. 0715 de 2021 emanada de la CNSC, de la que hace parte la accionante, manifestó que proviene de una orden judicial de tutela en segunda instancia, de la que se desprenden alcances y efectos vinculantes, por lo que la acción impetrada se torna improcedente al existir una vía alterna como lo es el incidente de desacato, a la cual la señora Toro Chala no recurrió.

Refirió que la acción de tutela radicado 2019-00234-01 que se surtió en el Tribunal Administrativo del Valle, fue revocada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-081 de 2021, que incluye llamado de atención a los jueces que surtieron la segunda instancia. Respecto al precedente que hace referencia a la acción constitucional de Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, señaló que está en la cuerda floja, de conformidad con la sentencia del alto tribunal constitucional ya referida.

⁶ (expediente digital, archivo 07IntervenciónMarthaPatriciaAcuña).

3.3. Intervención de Andrés Aragundy López⁷

En su calidad de defensor de familia asignado al Centro Zonal Tunjuelito ICBF Regional Bogotá ICBF, Código 2125, Grado 17, expresó su asombro frente a la presente acción de tutela, pues considera que el tema ha sido decantado en varias providencias judiciales que las declaran improcedentes.

Adujo que a las personas que participaron en el concurso No. 433 se le brindaron todas las garantías procesales y sustanciales para asumir los cargos, por lo que acceder a lo demandado vulneraría el derecho al debido proceso, ya que la lista de elegibles no tiene vigencia desde hace varios meses y en ese sentido se están alegando derechos que no tienen.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela impetrada, atendiendo a que no se está vulnerando ningún derecho fundamental, ni a la accionante, ni a ninguna parte, pues ya no es viable tomar decisiones en base de una lista de elegibles que no tiene vigencia.

3.4. Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC⁸

Adujo que la señora Claudia Liliana Toro Chala concursó para el empleo de nivel profesional, identificado con el código OPEC No. 34288, denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, en la convocatoria 433 de 2016 – ICBF, quien una vez finalizadas las etapas del proceso de selección, ocupó la posición No. 48 con 69,96 puntos en la lista de elegibles conformada y adoptada mediante Resolución No. CNSC-20182230071785 del 17 de julio de 2018, la cual cobró firmeza el 31 de julio de 2018 y perdió vigencia el 30 de julio de 2020.

Solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela, dado que no es la autoridad competente para dar cumplimiento a las pretensiones de la accionante, esto es, nombrarla en periodo de prueba en una de las vacantes del empleo de nivel profesional en el ICBF, pues es el empleador es el llamado a resolver su solicitud, teniendo en cuenta que el nominador tiene la competencia para realizar nombramientos y posesiones de conformidad con lo señalado en el Decreto 1083 de 2015.

⁷ (expediente digital, archivo 05ContestaciónIcbf, folios 7-8).

⁸ (expediente digital, archivo 08ContestaciónCnsc).

3.5. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF⁹

Adujo que esa entidad ha emprendido las siguientes actuaciones:

- Mediante acuerdo nro. CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 emitido por la CNSC, se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal del ICBF.
- A través de la convocatoria nro. 433 de 2016, se realizó una oferta pública de empleos para realizar la provisión definitiva de 2470 vacantes, correspondientes a empleos de carrera administrativa en diferentes denominaciones, códigos, grados, ubicaciones geográficas, requisitos y niveles.
- Los empleos vacantes se ofertaron a través de diferentes OPEC teniendo en cuenta la ubicación geográfica de estos, para el caso concreto, a través de la OPEC 34288, se ofertaron 27 vacantes del empleo denominado Defensor de familia, código 2125, grado 17, ubicación Popayán regional Cauca.
- Mediante resolución nro. 20182230071785 del 17 de julio de 2018, se conformo la lista de elegibles para la OPEC 34288 por 109 personas, dentro de las cuales la accionante CLAUDIA LILIANA TORO CHALA, ocupó la posición 48 en empate con otro concursante.
- La lista de elegibles de la resolución nro. 20182230071785 del 17 de julio de 2018 cobró firmeza el 01 de agosto de 2018 y su vencimiento fue el 30 de julio de 2020.
- Una vez en firme la lista de elegibles, el ICBF procedió a efectuar el nombramiento de las personas que ocuparon el numero de vacantes ofertadas conforme al orden de elegibilidad, que van desde las posiciones 1 a la 32.

De conformidad con lo anterior, el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria nro. 433 de 2016, para el empleo Defensor de familia, código 2125, grado 17, OPEC 34288, en el que participó la accionante se surtió correctamente con el nombramiento y posesión de los participantes enlistados para la provisión de las 27 vacantes.

Señaló que en aplicación a lo establecido en el criterio unificado expedido por la CNSC el 16 de mayo de 2020, se realizó la solicitud de uso de listas para las nuevas

⁹ (expediente digital, archivos: 05ContestaciónIcbf y 12Correorespuestalcbf).

vacantes generadas con posterioridad a la convocatoria nro. 433 de 2016 aplicando los criterios de “mismo empleo” en la OPEC 34288 a la CNS para proveer 6 vacantes, en donde los nombramientos se han adelantado hasta la posición nro. 43 y la accionante ocupa la posición nro. 48. Solicitó que se declare la improcedencia de la tutela.

Se procede ahora a emitir la decisión de fondo correspondiente, dejando sentadas previamente las siguientes.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela constituye un mecanismo de orden constitucional orientado a proteger de forma preferente e inmediata los derechos fundamentales de las personas, cuando se avizore la vulneración o amenaza por parte de las autoridades públicas o privadas.

Los derechos cuya protección se deben garantizar a través de este mecanismo son los que el constituyente ha denominado como fundamentales e inherentes al ser humano, cuyo quebrantamiento atenta contra la dignidad humana como pilar fundamental, protegidos por nuestra Carta Política en los artículos 11 al 41 y otros que, por su naturaleza de conexidad con aquellos, el máximo Tribunal Constitucional les ha otorgado dicha connotación, de igual forma lo establece el artículo 2º del Decreto 2591/91.

La mencionada acción de amparo constitucional ha sido regulada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 1993 de 2017 y 333 de 2021, los cuales estipulan el trámite, procedimiento y reglas de reparto.

Por mandato constitucional, la acción de tutela procede cuando: i) el afectado no dispone de otro instrumento para su restablecimiento, ii) en caso de que el previsto no resulte eficaz, en consideración a la situación particular que afronta el actor y iii) siempre que la intervención transitoria del juez de amparo resulte necesaria, para evitar o al menos mitigar un perjuicio irremediable.

Con fundamento en los hechos antes expuestos, le corresponde al despacho dilucidar el siguiente,

Problema jurídico

- Establecer si el ICBF y la CNSC vulneraron los derechos fundamentales invocados por la accionante, tras no haber sido nombrada y posesionada en el cargo de defensor de familia, código 2125 grado 17.

Para la resolución del problema jurídico planteado y con el ánimo de llevar un orden en la argumentación, se estudiará el asunto de la siguiente manera: i) procedencia de la acción de tutela; ii) sistema de carrera administrativa, el concurso público de méritos: la obligatoriedad de sus reglas y sus alcances, iii) sentencia T-081 de 2021 y, iv) caso concreto.

4.1. Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela en un concurso de méritos puede proceder en forma excepcional y especial, resultando ser el medio judicial eficaz con el que cuentan los concursantes para buscar la protección de sus derechos fundamentales, en atención al corto plazo de cada una de las etapas que se surten en el mismo, lo cual exige soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de este medio, motivo por el cual, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa como es el de nulidad y restablecimiento del derecho, éste resultaría ineficaz para la protección de los derechos.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, en sentencia del día 15 de marzo de 2012 dentro del proceso radicado bajo el número 05001-23-31-000-2011- 01917-01, señaló:

“(…) El concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo¹⁰. Además de los principios que lo inspiran, entre ellos, el mérito, la igualdad en el ingreso, la publicidad y la transparencia, la ejecución de sus reglas debe someterse al estricto cumplimiento del debido proceso¹¹ y respetar todas y cada una de las garantías que rodean el proceso de selección.

El resultado de la participación en el concurso de méritos es la lista de elegibles, en la que de manera ordenada se indican las personas que alcanzaron los mejores resultados en las diferentes pruebas realizadas, para acceder a los respectivos cargos. La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como de esta Corporación ha sostenido que la provisión de cargos para la carrera administrativa, debe tener en cuenta el orden

¹⁰ Corte Constitucional Sentenci T-1110 de 2003

¹¹ Artículo 29 de la CP: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas

establecido en el correspondiente registro de elegibles, so pena de afectar diversos derechos fundamentales.

Ahora bien, es posible que en el marco de un concurso de méritos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, la Administración lesione ciertas garantías y se aparte del debido proceso administrativo, en razón a que, por ejemplo, no efectúa las publicaciones que ordena la ley, no tiene en cuenta el estricto orden de méritos, los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos no gozan de confiabilidad y validez, o no aplica las normas de carrera administrativa, para una situación jurídica concreta.

De este modo, frente a la vulneración del debido proceso administrativo, entendido como “la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”¹², debe el juez de tutela ordenar las medidas que sean pertinentes para restablecer el derecho conculcado...”¹³

De otra parte, en sentencia SU-913 de 2009 de la Corte Constitucional, determinó lo siguiente:

“(...) en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular...”.

Conforme con lo anterior, algunas veces los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo, por lo que la tutela se torna eficaz para este cometido.

La Corte Constitucional ha precisado que lo que se busca con la provisión de empleos a través de concurso de méritos es la satisfacción de los fines del Estado y garantizar el derecho fundamental de acceso a la función pública, lo que conlleva a la elección oportuna del concursante que reúne las calidades que con el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los concursantes y la entidad convocante¹⁴.

¹² Sentencias T467 de 1995, T238 de 1996 y T982 de 2004

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de febrero de 2011, M.P. Dra. María Elizabeth García Gonzalez. Ref: 2010-03113-01

¹⁴ Sentencia T-333 de 1998 del 6 de julio, expediente T151427

En conclusión, la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

Así lo manifestó la misma corporación guardiana de la Constitución, en sentencia T-388 de 1998, adujo:

“(...) En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de subsidiariedad en la acción de tutela, es decir, su procedencia solamente a falta de otros mecanismos de defensa judicial, no debe ser de aplicación automática, sino que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si el otro mecanismo judicial dispuesto por el orden jurídico para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logra una efectiva e íntegra protección de los mismos o si, por el contrario, la vulneración o amenaza de tales garantías continúa a pesar de su existencia¹⁵.

No se trata de que el otro medio de defensa judicial sea puramente teórico. Por el contrario, lo que el Constituyente y el legislador quisieron en el momento de redactar la normatividad sobre la acción de tutela, fue precisamente lograr una protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, entendiendo que ellos muchas veces son desconocidos, a pesar de que para cada uno está reservada en la legislación una forma de protección.

También en reiterada jurisprudencia y acogiendo el mandato contenido en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, esta Corporación ha determinado que las acciones contencioso administrativas no consiguen en igual grado que la tutela, el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, pues muchas veces el agotamiento de dichas acciones implica la prolongación en el tiempo de su vulneración y no consiguen la protección del derecho a la igualdad concretamente, ya que, en la práctica, ellas tan solo consiguen una compensación económica del daño causado¹⁶, la reelaboración de la lista de elegibles (cuando inconstitucionalmente se ha excluido a un aspirante o se le ha incluido en un puesto inferior al que merece) y, muchas veces, la orden tardía de nombrar a quien verdaderamente tiene el derecho de ocupar el cargo, pero sin que realmente pueda restablecerse el derecho a permanecer en él durante todo el tiempo que dura el proceso contencioso administrativo¹⁷ y con lo cual se ve seriamente comprometido el derecho, también fundamental, a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, en la modalidad de “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos...”¹⁸

¹⁵ Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, sentencia T-100 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sala Segunda de Revisión, sentencia T-256 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Sala Séptima de Revisión, sentencia T-298 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, unificadas en las sentencias SU 133 y SU-136 de 1998, Sala Plena, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias SU-133 y SU-136 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁷ Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, sentencia T-333 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁸ Artículo 40 numeral 7º de la CP

Puede ocurrir que a pesar de contar los sujetos procesales con los medios ordinarios dentro del proceso para defender sus intereses concretos, ninguno de estos mecanismos actúe de manera efectiva y eficiente, por lo que es necesario que el juez de tutela realice un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo.

4.2. El sistema de carrera administrativa, el concurso público de méritos: la obligatoriedad de las reglas y sus alcances.

La Constitución en el artículo 125 establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, pues dota al sistema de servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho erige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública.

Establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público de tal forma que la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional. Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera es el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público, ya que sus fases buscan observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

En este contexto, la convocatoria se convierte en punto angular del proceso de selección, ya que es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. Por tanto, la imposición de reglas que son obligatorias para todos entiéndase administración y administrados-concursantes, es la base del concurso.

Por tanto, como en ella se delinearán los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las

legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.

La Corte Constitucional en la sentencia SU-913 de 2009 señaló que las reglas del concurso son invariables, de la siguiente manera:

(...) resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.

Así las cosas, las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a las entidades no le es dado variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto se afectarían principios básicos de la administración, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular, posición reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-446 de 2011:

La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.”

En conclusión, el principio del mérito constituye una de las bases del sistema de carrera, en consecuencia, es el sustento de todo proceso de selección que persigue asegurar la eficiencia de la administración, así como garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para ocupar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera.

La Ley 909 de 2009 regula el sistema de carrera administrativa y es norma reguladora de todo concurso que obliga tanto a la administración como a las entidades contratadas y a sus participantes a seguir estrictamente sus directrices, la cual fue modificada por la Ley 1960 de 2019, que señala en su artículo 6º que la lista de elegibles obtenida en un concurso de mérito, se podrá utilizar en estricto orden de mérito para proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de mérito **y las demás vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados**, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, siempre y cuando la convocatoria se inicie en su vigencia.

La CNSC en criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", adoptado el 16 de enero de 2020, determinó que 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, 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"**, entendiéndose por tales, aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

Dicha directriz fue emitida con base en las facultades consagradas en el artículo 130 de la Constitución que consagra que la CNSC es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos que no tengan un carácter especial.

4.3. Sentencia T-081 del 6 de abril de 2021

Dicha providencia fue proferida por la Corte Constitucional en un asunto donde se presentan situaciones similares a las señaladas por la accionante. El alto tribunal constitucional llamó la atención al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que revocó la sentencia No. 93 del 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali dentro del radicado nro. 76001-33-33-008-2019-00234, al otorgar en su decisión efectos *inter comunis* a favor de las personas que figuraban en la lista de elegibles, cuando los efectos de la tutela son *inter partes* y debe analizarse el caso concreto, así:

“93. En relación con las alegaciones de la CNSC y del ICBF frente a los nombramientos de las señoras Jessica Lorena Reyes Contreras, Rocío Molina Ramírez y María Fernanda Semanate, la Corte observa que la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no consultó las equivalencias de los cargos antes de ordenar que fuesen nombradas en los creados por el Decreto 1479 de 2017. Por el contrario, en el fallo de segunda instancia del 18 de noviembre de 2019, se vulneró de manera evidente el principio del mérito y elevó una mera expectativa al nivel de derecho al permitir que las elegibles optaran por cualquiera de los 49 cargos que coincidían con la denominación, código y grado del que habían inicialmente concursado, pero sin advertir que tales empleos habían sido creados con unas finalidades y funciones diferentes a la única vacante para la cual concursaron, quedando en segundo, tercero y cuarto lugar, respectivamente¹⁹.

94. Adicional a lo anterior, la Sala considera relevante mencionar que, en todo caso, tampoco existe entera claridad sobre el cumplimiento del requisito establecido en la Sentencia T-340 de 2020 en el sentido que en los casos aquí analizados se esté frente a una vacancia definitiva. Sin la intención de determinar la interpretación de la ley en estos eventos, se estima necesario recordar que el precitado artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 se refiere de manera explícita a la posibilidad de extender el uso de las listas de elegibles vigentes a cargos que, sin perjuicio de no haber sido ofertados, se generen vacancias definitivas con posterioridad. Las vacancias definitivas se dan en el momento en que el titular del cargo tiene que apartarse completamente del empleo, cuando se presente, específicamente, alguno de los supuestos contenidos en el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015 (supra 70).

95. Al analizar las circunstancias fácticas de los dos sub judice, se advierte que la pretensión de los accionantes está dirigida a lograr el nombramiento en empleos nuevos que fueron creados con el Decreto 1479 de 2017 mediante la extensión de su lista de elegibles de conformidad con la Ley 1960 de 2019. En este sentido, en tratándose de nuevas vacantes en cargos distintos a los inicialmente ofertados y sobre los cuales concursaron, se genera un interrogante sobre el escenario jurídico aplicable en estos eventos.

96. En suma, la Sala llamará la atención del Tribunal para que, de presentarse casos similares a los aquí analizados, tenga en cuenta las consideraciones realizadas, especialmente, en lo tocante a la verificación de la equivalencia de los cargos, con miras a garantizar la excelencia y eficiencia en la prestación del servicio público.

98. (...) la Sala estima que en esta oportunidad el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca excedió sus facultades como juez constitucional en pleno desconocimiento de la Sentencia de Unificación SU-349 de 2019 al extender los efectos de su fallo de tutela a todas las personas que integraban la lista de elegibles de la accionante. Como ya se anotaba, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que la utilización de dispositivos amplificadores de los efectos de los fallos de tutela es una facultad reservada únicamente a la Corte Constitucional²⁰. En

¹⁹ Así mismo lo consideró el ICBF en la documentación remitida en sede de revisión cuando resaltó que los empleos provistos por mandato judicial son “diferentes a los ofertados en la Convocatoria Pública 433 de 2016, (pues estos no cumplen con las funciones, propósito, grupo interno de trabajo y ubicación geográfica)”.

²⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-349 de 2019.

consecuencia, al haber adoptado una decisión con efectos inter comunis en la sentencia del 18 de noviembre de 2019, el Tribunal desconoció la jurisprudencia constitucional y excedió sus facultades como juez constitucional, generando con ello irregularidades en la administración de la planta de personal del ICBF

En esta medida, la Sala también llamará su atención frente a este aspecto, con el fin de que, a futuro, tenga en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la facultad para la modulación de los efectos de las sentencias de tutela se encuentra únicamente en cabeza de esta Corte”.

4.4. Caso concreto

Al plenario se allegaron los siguientes documentos relevantes para la decisión:

- Acuerdo No. CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, “Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF” (expediente digital, archivo 09AnexosContestaciónCNSC, anexo 1).
- Reporte de inscripción de la accionante en la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF (expediente digital, archivo 09AnexosContestaciónCNSC, anexo 2).
- Lista de elegibles conformada y adoptada mediante resolución nro. CNSC20182230071785 del 17 de julio de 2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer veintisiete (27) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34288, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF", en donde la señora **Claudia Liliana Toro Chala** ocupó la posición No. 48 con 69,96 puntos (expediente digital, archivo 09AnexosContestaciónCNSC, anexo 3).
- Sentencia del 17 de septiembre de 2020 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la acción de tutela que promovieron las señoras Yoriana Astrid Peña Parra, y Ángela Marcela Rivera Espinosa, en contra del ICBF y la CNSC (expediente digital, archivo 09AnexosContestaciónCNSC, anexo 4).
- Resolución No. 0715 del 26 de marzo de 2021, “Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden judicial proferida en Segunda Instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la Acción de Tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”, en donde la señora **Claudia Liliana Toro Chala** ocupa la posición nro. 136 en empate (expediente digital, archivo 09AnexosContestaciónCNSC, anexo 5).

- Reporte de vacantes del empleo de nivel Profesional, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, que realizó el ICBF para cumplir la orden judicial proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (expediente digital, archivo 09AnexosContestaciónCNSC, anexo 6).
- Resolución nro. 1847 de 2019 por medio de la cual se hace un nombramiento en período de pruebas y se dictan otras disposiciones en cumplimiento de un fallo de tutela (expediente digital, archivo 05ContestaciónIcbf, folios 129-161).
- Oficio CNSC nro. 2012230661741 del 14 de mayo de 2021 donde se le informa a la señora Toro Chala la vigencia de la lista de elegibles contenida en la resolución nro. 0715 de 2021 (expediente digital, archivo 05ContestaciónIcbf, folios 56-58).
- Respuesta del 21 de junio de 2021 al derecho de petición radicado SIM 1762565216 enviado al correo electrónico de la accionante (expediente digital, archivo 13AlcanceContestaciónTutelaIcbf, folios 2-13).
- Lista de elegibles conformada y adoptada mediante resolución nro. CNSC20182230124605 del 03 de septiembre de 2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer diecinueve (19) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34772, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF", en donde la señora **Yeimy Lorena Vera Peña** ocupó la posición No. 83 con 67.72 puntos, que cobro firmeza el 25 de abril de 2019 (expediente digital, archivo 06SolicitudVinculaciónYeimyVera, folios 10-15).

Por otro lado, se encuentra acreditado que la señora Claudia Liliana Toro Chala se inscribió dentro de la convocatoria No. 433 de 2016, adelantada por el ICBF y la CNSC para participar en el proceso de selección para proveer definitivamente los empleos de carrera, OPEC 34288, aplicando para 27 ofertas vacantes en el empleo denominado defensor de familia código 2125 grado 17, cuya ubicación geográfica era la regional Popayán - Cauca y agotadas las fases del concurso, ocupó la posición 48 con 69.96 puntos (en empate con Jhon Jairo Chamorro Erazo), en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución CNSC20182230071785 del 17 de julio de 2018, que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018 y feneció el 30 de julio de 2020.

Ahora bien, las pretensiones de la accionante se encuentran encaminadas al reconocimiento de un derecho para ser nombrada en período de prueba en uno de los cargos de defensor de familia por integrar la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 0715 del 26 de marzo de 2021, expedida en virtud al cumplimiento de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 por Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

La jurisprudencia constitucional trasuntada señala de manera reiterada y uniforme, excepción hecha de lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que las listas de elegibles para la provisión de los empleos de carrera, resultado de los procesos de selección, únicamente pueden ser utilizadas para llenar las vacantes específicamente ofertadas y señaladas en la respectiva convocatoria y no para proveer otros cargos no convocados a concurso y ocupados por personal provisional, pues ello desconoce no sólo el derecho de estos últimos a participar en igualdad de condiciones en el concurso convocado para proveer el empleo que particularmente ocupan, sino que, además, vulnera las reglas de la convocatoria, normatividad que para este Despacho es suficientemente clara.

Por lo tanto, no es posible bajo el contexto normativo descrito, que la lista de elegibles de la OPEC No. 34288 se utilice para proveer los cargos que fueron creados de forma posterior con el Decreto 1479 de 2017 al ser vacantes no ofertadas dentro de la convocatoria No. 433 de 2016; ya que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, aplicando de forma exclusiva a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros.

Además, la tutelante no ostenta derecho adquirido para poder exigir su nombramiento, puesto que a pesar de encontrarse en la lista de elegibles quedó por fuera del número límite de plazas a proveer. En consecuencia, la posición tomada por la CNSC en el criterio unificado emitido el 16 de enero del año en curso, es congruente con las disposiciones normativas plasmadas por las altas corporaciones garantes del sistema de carrera administrativo y de los derechos fundamentales. además, la Ley 1960 de 2019 es clara en relación con su aplicación normativa que debe ser efectuada a partir de su vigencia.

En virtud de lo anterior, la lista de elegibles conformada y adoptada mediante resolución No. CNSC20182230071785 del 17 de julio de 2018, al adquirir firmeza el 31 de julio de 2018, consolidó un derecho adquirido frente a los concursantes que ocuparon los cargos a proveer, de tal forma que al aplicar una disposición normativa

posterior, que afecte las reglas de un concurso consolidado, quebrantaría directamente los principios de la función pública como son la igualdad, el mérito, moralidad, eficacia, imparcialidad, transparencia y publicidad.

Ahora bien, respecto a la resolución No. 0715 de 2021 expedida en virtud al cumplimiento de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 por Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al tener los mismos efectos *inter comunis* de la sentencia que fue revocada por la Corte Constitucional (incluyendo llamado de atención), se encuentra viciada y en ese sentido no es posible su aplicación, además de que se encuentra demostrado que las entidades han adelantado los nombramientos en periodo de prueba en aplicación del criterio unificado de los elegibles que han sido autorizado por la CNSC para las OPEC correspondientes.

En las mismas condiciones se encuentra la señora Yeimy Lorena Vera Peña como tercera interviniente, pues se halla en la lista de elegibles conformada y adoptada mediante resolución No. CNSC20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, que cobro firmeza el 25 de abril de 2019 y fenecio el 24 de abril de 2021, por lo tanto, ya no es aplicable.

Así pues, les asiste razón a los intervinientes Martha Patricia Acuña Arévalo y Andrés Aragundy López, como quiera que la utilización de la lista de elegibles creada con posterioridad a la convocatoria, implicaría una modificación y una inobservancia de la Ley vulnerando entre otros, los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y el mandado superior del artículo 125 Constitucional, de las personas que han concursado en las convocatorias posteriores realizadas por el ICBF y la CNSC.

En tales condiciones, la tutela no procede y será denegada.

Queda de esta forma dilucidado el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, en el sentido que las entidades accionadas no han quebrantado ningún derecho constitucional de la accionante ni de los intervinientes como terceros, al encontrarse ajustada a derecho la actuación administrativa desplegada por el ICBF y la CNSC, dentro del concurso de méritos desarrollado en la convocatoria No. 433 de 2016, regulada según el Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Santiago de Cali, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: Negar la tutela de los derechos fundamentales invocados por la señora Claudia Liliana Toro Chala, identificada con la cédula de ciudadanía nro. 25.282.254, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Negar la tutela de los derechos fundamentales invocados por la señora Yeimy Lorena Vera Peña, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.210.455, como tercero interviniente, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC, por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero: Notificar esta sentencia a todas las partes, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Para tal efecto, se ordena al ICBF y a la CNS que no solamente publiquen en sus respectivas paginas web oficiales la presente providencia, sino que la remita a cada una de los citados a través de sus canales electrónicos que reposan en sus bases de datos, tal como lo hicieron con el auto admisorio de la presente acción.

Cuarto: De no ser impugnada la presente providencia dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su posible escogencia y revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El juez,

CARLOS ARTURO GRISALES LEDESMA²¹

²¹ Nota importante: El presente documento se remite a través del correo institucional del Juzgado, con lo cual se garantiza su autenticidad, sin que requiera firma física, de conformidad con los artículos 5 y 7 de la Ley 527 de 1999 y sus decretos reglamentarios, en armonía con el artículo 103 del CGP y el artículo 11 del Decreto legislativo 806 de 2020.

Ngg