



Valledupar, siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

#### ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: 20 001 31 10 001 **2018 00213 00**

Accionante: GABRIEL CASTILLA CASTILLO y JUAN FRANCISCO ORTEGA HERNÁNDEZ

Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS" y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

#### OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a decidir la acción de tutela de la referencia en la que se alega la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, "acceso a los cargos públicos", "al trabajo" y al debido proceso.

#### ANTECEDENTES

##### Solicitud de Tutela

Los accionantes quienes actúan en nombre propio pretenden a través de esta queja constitucional la protección de los derechos fundamentales enunciados, y en consecuencia que acceda a las siguientes pretensiones:

"2. Se sirva ordenar a los accionados INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS" ICBF y al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, mantener en la nueva convocatoria (BF/18-002) a los accionados Gabriel Castilla Castillo y Juan Francisco Ortega Hernández, el puntaje final que obtuvieron en la convocatoria de mérito BF/15-007, cuyo concurso fue declarado desierto, o su equivalencia en el nuevo proceso, salvo que en el nuevo concurso de mérito obtengan una mayor puntuación en cada etapa, caso en el cual se deberá preferir el mayor puntaje.

3. Por ser una acción constitucional, como lo es la acción de tutela, a misma se falle *ultra y extra petita* en favor de nuestros derechos" (fol. 16 y 17).

##### Como fundamentos facticos de las anteriores pretensiones, se expuso:

En el año 2015, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia Fuentes de Lleras – ICBF- en convenio con el Departamento Administrativo de la Función Pública, adelantaron proceso público y abierto para la conformación de las listas para seleccionar la terna para proveer el cargo de Director Regional 042 Grado 18 de la Regional Sucre; lo anterior a través de la convocatoria BF/15-007 la que se puso en conocimiento de los ciudadanos a través de aviso, el 13 de abril de 2015.

En convocatoria se tuvieron en cuenta la prueba de conocimiento, antecedentes, aptitudes (habilidades gerenciales) y la entrevista.

Los promotores relataron que se inscribieron en el concurso el 24 de abril de 2015 y fueron admitidos obteniendo un puntaje que les permitió superar la etapa eliminatoria y clasificatoria del concurso.

Agotada la etapa de evaluación del concurso público de carácter meritocrático, el ICBF emitió un oficio el 11 de enero de 2017 en donde teniendo en cuenta el máximo puntaje obtenido, configuró la lista de elegibles y la remitió a la Gobernación del Departamento de Sucre, en cumplimiento a lo previsto en el numeral 13 de artículo 305 de la Constitución Política y lo reglamentado en el parágrafo del artículo 78 de la Ley 489 de 1998 y lo reglado en los Decretos 1972 de 2002; Decreto 4567 de 2011 y Decreto 1083 de 2015 para que esta escogiera de la terna a la persona que ocuparía el cargo. Dicha terna quedó conformada de la siguiente manera:

Nombre y apellido del ternado	Número de cédula	Puntuación total
Juan Francisco Ortega Hernández	92'153.391	85.30
Gabriel Enrique Castilla Castillo	79'579.232	84.90
Jacqueline Hernández Pallares	32'726.068	84.40

De la terna, el Gobernador del Departamento de Sucre seleccionó a la señora Jacqueline Hernández Pallares para que fuera nombrada como Directora de la Regional ICBF – Sucre.

Posteriormente el ICBF procedió a publicar la hoja de vida de la señora Jacqueline Hernández Pallares por término de 3 días en la página web y en la página del departamento de la Presidencia de la República para que la ciudadanía presentara objeciones a la hoja de vida, término que fue utilizado por la ciudadanía quien consideró que está inhabilitada.

Como resultado del análisis jurídico de las objeciones el ICBF determinó que no era viable continuar con el proceso de nombramiento por estar incurso en causal de inhabilidad.

El ICBF el 8 de junio de 2017 remitió un oficio al Gobernador del Departamento de Sucre para que escogiera de los candidatos restantes de la terna el Director del ICBF – SUCRE.

El Gobernador mediante oficio 100.11.03/DG – No. 200 de 15 de junio de 2017 escogió a Gabriel Castilla Castillo para que fuera nombrado como Director del ICBF Regional Sucre.

No obstante haberse repetido el proceso de escogencia, el ICBF procedió a consultar a la Sala de Consulta y Servicios Civiles del Consejo de Estado la forma como debía interpretarse la sentencia C-295 de 1995.

La respuesta de la Sala de Consulta fue:

*“En el evento de que medie algún impedimento que imposibilite el nombramiento como por ejemplo la presencia de una inhabilidad o incompatibilidad del candidato del gobernador, debe repetirse el proceso de escogencia y nombramiento”.*

Lectura de la que se desprende que para repetirse el proceso de escogencia y nombramiento debe declararse desierto el concurso.

Luego el ICBF tomando como fundamento el concepto emitido por el Consejo de Estado decidió, mediante Resolución No. 0508 de 23 de enero de 2018 declarar desierto el concurso de mérito.

Posteriormente el ICBF el 23 de marzo de 2018 en convenio nuevamente con el Departamento Administrativo de la Función Pública, abrió nuevamente el concurso de mérito B/F 18 -002 para conformar la terna para ocupar el cargo de Director Regional Sucre del ICBF Código 0042 Grado 18.

Dentro de la convocatoria se estableció el siguiente cronograma:

Inscripción	Del 10 al 11 de mayo
Publicación de la lista de admitidos y no Admitidos	5 de junio de 2018
Prueba de conocimiento	22 de junio de 2018
Comunicación de resultados de la prueba	3 de julio de 2018

Refieren que luego de un largo proceso de meritocracia que no fue inferior a 2 años, donde superaron todas las etapas del concurso, el ICBF les está vulnerando su derecho sus derechos fundamentales al mérito probado, igualdad, acceso a cargos públicos, al trabajo y al debido proceso, derechos que han sido reconocidos por la Corte Constitucional en sentencia T-748 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo jurisprudencia que viene siendo aplicada por los jueces de tutela para garantizar el derecho al mérito probado tal y como lo hizo en tal sentido el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Magdalena mediante fallo de tutela de 21 de noviembre de 2016 al resolver la acción de tutela promovida por ULDIS ARELIS PÉREZ MAESTRE en contra del ICBF y el Departamento Administrativo de la Función Pública dentro de la tutela radicada bajo el número 47 001 31 04 2016 00119 00 en caso similar al que nos ocupa, ordenando que se respetara el puntaje obtenido, sin perjuicio de los derechos y puntajes adquiridos por los nuevos concursantes.

Teniendo en cuenta la igualdad de condiciones que tiene con relación a la situación de la señora Uldis Arelis Pérez Maestre

### **Pruebas aportadas**

Con el propósito de que fuesen valoradas se aporta el siguiente material probatorio documental:

- Copia de la convocatoria BF/18-002
- Lista de admitidos e inadmitidos a la convocatoria BF/18-002
- Copia de la tabla de análisis de antecedentes concurso público para conformar la terna de los Directores Regionales del ICBF
- Copia de la convocatoria BF/15-007
- Copia de la tabla de análisis de antecedentes concurso público para conformar la terna de los Directores Regionales del ICBF
- Lista de admitidos e inadmitidos a la convocatoria BF/15-007 publicada el 10 de junio de 2015
- Resultado de la prueba de conocimiento de la convocatoria BF/15-007 publicada el 24 de junio de 2015
- Resultado de antecedentes dentro de la convocatoria BF/15-007 publicada el 15 de julio de 2015

- Resultado de habilidades gerenciales dentro de la convocatoria BF/15-007 publicadas el 15 de julio de 2015
- Citación a entrevista dentro de la convocatoria BF/15-007 publicada el 6 de octubre de 2015, citándolo para el 30 de octubre de 2015
- Resultado de la convocatoria publicada el 2 de enero de 2015
- Oficio S-2017-298318-0101 expedida por el ICBF, mediante la cual se remite al Gobernador de Sucre para que repita el proceso de escogencia
- Oficio 100.11.03/DG-No. 200 mediante el cual el Gobernador escoge a Gabriel Castilla Castillo
- Requerimiento S-2017-343136-0101 del ICBF al Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica para que publique la hoja de vida de Gabriel Castilla Castillo
- Publicación de la hoja de vida de Gabriel Castilla Castillo del 16 al 18 de junio de 2017
- Sentencia de 21 de noviembre de 2016 expedida por el Tribunal superior de Santa Marta, Sala Penal M. P. David Vanegas González radicada bajo el numero No. 47 001 31 04 2016 00119 00 donde figura como accionante Uldis Arelis Pérez Maestre y accionado el ICBF y el Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Resultado de la prueba de conocimiento de la convocatoria BF/17 -011 publicada el 15 de mayo de 2018 la que contiene como anotación especial que la señora Uldis Arelis Pérez conserva el puntaje obtenido en la convocatoria BF/015-012.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

La acción de tutela se admitió y corrió traslado a las autoridades accionadas con auto de 18 de junio de 2018 donde se les confirió un término de dos (02) días para que se pronunciaran expresamente sobre los hechos y pretensiones expuestos por la accionante (fol. 102).

#### **Informe presentado por el Departamento Administrativo de la Función Pública**

En oportunidad la Asesora de la Dirección Jurídica de la entidad, doctora MÓNICA Liliana Herrera Medina, aclaró que el Departamento Administrativo no intervino en la conformación de la terna ni en su posterior envió al Gobernador para la del director Regional del ICBF, Regional Sucre. Para soportar su argumento de defensa citó el aparte pertinente del Decreto 1083 de 2015.

La actuación censurada por los tutelantes se escapa de la órbita de competencia del Departamento, por lo que carece de legitimación en la causa por pasiva, por lo que debe ser excluida de la acción de tutela, máxime cuando la facultad para declarar la nulidad de los actos administrativos corresponde a las autoridades jurisdiccionales instituidas para el efecto.

El anterior aserto resulta incuestionable si se advierte que en el texto de la tutela no aparecen hechos u omisiones que puedan ser atribuibles al Departamento Administrativo y por tanto no puede responder por la legalidad de las actuaciones.

Finalmente, agrega que la tutela es improcedente por cuanto no existe un perjuicio irremediable en los actores que prevalezca sobre el interés general y particular de los demás concursantes, que permitan inaplicar o modificar el acto administrativo de naturaleza genera y abstracta cuyo control de legalidad le corresponde a las autoridades judiciales efecto de que se modifique la convocatoria BF/18-002.

## Informe presentado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Jefe de la Oficina Jurídica doctora Luz Karime Fernández Castillo en ejercicio de su derecho de defensa manifiesta dentro de los múltiples argumentos que el fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Magdalena dentro de la acción de tutela presentada por la señora Uldis Arelis Pérez Maestre no puede ser aplicado en salvaguarda del derecho fundamental la igualdad por cuanto tiene efectos inter partes y está sustentado en hechos totalmente diferentes a los alegados en esta tutela.

No puede pasarse por alto que la decisión de declarar desierto el concurso fue tomada con base en el concepto de la Sala de Consulta y Servicios Civiles del Consejo de Estado de C-295 de 1995.

Expuso *in extenso* que la acción de tutela es improcedente por cuanto los actores cuentan con otros medios de defensa judicial para obtener la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. Debieron acudir a la jurisdicción contencioso administrativa solicitando la nulidad del acto; la acción solo procede cuando no se disponga de otros medios de defensa, salvo que la tutela se utilice para como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

La pretensión de los accionantes atenta los principio de igualdad y el mérito ya que los resultados que obtuvieron dentro del proceso de selección adelantado en el 2015 carecen de efectos jurídicos habida cuenta que la convocatoria BF/15-007 fue declarada desierta y porque la convocatoria adelantada actualmente por el ICBF difiere sustancialmente a la realizada en el 2015 por los siguientes motivos:

a) Modificación del valor porcentual de la prueba aplicada:

CLASE DE PRUEBA	Valor porcentual Proceso F/15-007 (anterior )	Valor porcentual proceso BF/18 -002 (actual)
Conocimiento	Eliminatoria 30 puntos	Eliminatoria 40 puntos
Antecedentes	Clasificatoria - 15 puntos	Clasificatoria - 20 puntos
Aptitudes (habilidades gerenciales)	Clasificatoria 25 puntos	Se aplica prueba de competencias. Clasificatoria 20 puntos
Entrevistas	30 puntos	20 puntos

b) La prueba de Habilidades Gerenciales no se va aplicar en el proceso BF/18 -002. En el proceso actual se aplica una prueba de competencias de acuerdo a lo previsto en el manuela de funciones del cargo.

c) Cambio el diseño de la prueba. Considerando las modificaciones aplicada al Código de la Infancia y Adolescencia la prueba es totalmente diferente. La prueba es elaborada por la Universidad Nacional de Colombia.

Con fundamentos en estos argumentos solicita que se declare que el ICBF no ha incurrido en acción u omisión en la actuación que viole o atente los postulados constitucionales, legales o jurisprudenciales que rodona el concurso de mérito en el que participaron los actores.

Dictada la sentencia el 3 de julio del año en curso, fue impugnada por los actores, razón por la que fue remitido a la Sala Civil Familia Laboral de este Distrito judicial para definir la alzada.

Asignada el conocimiento a la Magistrada Susana Ayala Colmenares, mediante auto de 14 de agosto del presente año declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la acción, con el propósito de que se vinculen a todas los participantes al concurso de mérito BF/18-002 para proveer el cargo de Director Regional Sucre ICBF, Código 0042, grado 18, advirtiendo que lo actuado hasta el proferimiento de la sentencia no resulto afectado con la nulidad.

Con auto de 28 de agosto de 2018 se dispuso el obedecimiento a lo resuelto por el superior, en razón a esta decisión se vinculó a las personas omitidas en la ocasión anterior. La notificación se ordenó por medio de la inclusión en la página web de la Rama Judicial, sección noticias o novedades, la cual aparece en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/novedades> (fol. 140)

La decisión se comunicó a todos las demás personas vinculadas al trámite constitucional a través del medio más expedito.

En atención a la comunicación recibida el Departamento Administrativo de la Función Pública, por medio de contestó en los mismos términos del informe inicial, por lo que resulta innecesario volver a citarlos en esta oportunidad (fol. 148 a 151)

## CONSIDERACIONES

Al tenor del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo singular establecido para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o, en determinadas hipótesis, de los particulares. (1991).

### **Problema jurídico.**

Corresponde en esta oportunidad determinar si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Departamento Administrativo de la Función Pública vulnera los derechos fundamental a la igualdad, “acceso a los cargos públicos”, “al trabajo” y al debido proceso de los señores Gabriel Castilla Castillo y Juan Francisco Ortega Hernández, al no permitir que se mantengan en la nueva convocatoria para proveer el cargo de Director del ICBF Sucre, el puntaje que obtuvieron en el concurso anterior, salvo que no se obtenga una puntuación mayor.

### **La subsidiariedad de la acción**

El inciso 3 del artículo 86, establece que el mecanismo de amparo solo procederá cuando el afectado carezca de otro medio de defensa, salvo que se irrogue como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre la protección de derechos derivados de la participación y los resultados obtenidos en concursos de méritos la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha configurado un entendimiento, según el cual, la eficacia e idoneidad de los medios ordinarios de protección de los derechos de los concursantes, puede no ser suficiente para alcanzar la materialización oportuna del derecho. Ha dicho la Corte en sede de revisión:

*“(…) si bien puede llegarse a considerar, en principio, que el asunto, como consecuencia de la aplicación del principio de la subsidiariedad, debe declararse improcedente, lo cierto es que acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial, cual es, en este caso, la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, puede resultar excesivo y desproporcionado, atendiendo para ello al prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener. (Sentencia T-715 de 2009 M.P. Mendoza Martelo)*

En similar sentido la sentencia T-509 de 2011 M.P. Palacio Palacio observó:

*“(…) respecto de la procedencia específica de la acción de tutela en los concursos de méritos es claro, en principio, que quienes se vean afectados por una decisión de este tipo podrían valerse de las acciones señaladas en el Código Contencioso Administrativo para lograr la restauración de sus derechos. Sin embargo, la Corte ha estimado que estas vías judiciales no son siempre idóneas y eficaces para reponer dicha vulneración. Es así como la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Constitucional ha señalado que en estos casos las acciones contencioso administrativas no alcanzan una protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas que habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos ajenos a la esencia del concurso. (...)”*

Esta apreciación ha sido replicada en un pronunciamiento más reciente, en los siguientes términos:

*“(…) Aunque la jurisprudencia constitucional reconoce que existen otros mecanismo de defensa judicial, para satisfacer las pretensiones de quien considera que no fue nombrado en un cargo dentro de un concurso de méritos, se ha precisado que no siempre estos medios de defensa ordinarios resultan eficaces para proteger los derechos fundamentales involucrados, y en esa medida, es la acción de tutela el medio idóneo con el que cuentan los concursantes para buscar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.” (Sentencia T-784 de 2013 M.P. Palacio Palacio).*

Por tanto, en el asunto objeto de estudio resulta idónea la acción de tutela como mecanismo para dilucidar la situación y permite establecer si con la determinación tomada por las autoridades accionadas se quebrantaron los derechos fundamentales de los accionantes.

### **El principio del mérito en el acceso a cargos públicos.**

El artículo 6 de la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo reza:

**Artículo 6.-** *La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.* (Negritas fuera de texto)

Es esta última forma de entender el ingreso y el ejercicio de la función pública, la que se constituye en un antecedente significativo que inspirará preceptos como el establecido en el artículo 125 de la Constitución, cuyo tenor literal reza:

**ARTICULO 125.** *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

Como se puede apreciar, diversos contenidos del precepto citado están concebidos en el espíritu del reconocimiento de la capacidad, la virtud y el talento de quien desempeña el empleo público.

La relevancia constitucional del principio del mérito fue cuidadosamente destacada por el Pleno de esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009 M.P. Mendoza Martelo, cuando al estudiarse un acto legislativo que pretendía incluir en el mencionado artículo 125 una disposición contenida en el acto legislativo 01 de 2008, cuyo contenido apuntaba a introducir una excepción al régimen general de carrera administrativa. En aquella ocasión la preceptiva del acto legislativo autorizaba una inscripción en carrera administrativa que no era resultado del mecanismo de concurso y, por ende, no encontraba fundamento en el mérito. Observó la Sala en ese momento:

*“(...) la carrera administrativa “se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público”, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde (...)”*

También advirtió la jurisprudencia acopiando otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional que la vía de realización del mérito es el concurso público. Explicó la Sala Plena:

*“(...) **Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa**<sup>1</sup>. Así pues, el sistema de concurso “como regla general regula el ingreso y el ascenso” dentro de la carrera<sup>2</sup> y, por ello, “el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos”, pues sólo de esta manera “se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes’<sup>3</sup>.*

### **Caso concreto**

Es un hecho aceptado por las partes de este ruego, que los accionantes estuvieron incluidos en el la terna de donde sería elegido el Director Regional de la Sección Sucre del ICBF, en virtud de haber superado el concurso de mérito citado en el año 2015, lo anterior a través de la convocatoria BF/15-007.

Que incluso invalidó la primera designación efectuada a la ternada Jacqueline Hernández Pallares, por haberle sobrevenido una causal de inhabilidad para el ejercicio del cargo, el 15 de junio de 2017 el Gobernador de Sucre designó de entre los dos nombres sobrevivientes de la terna remitida por el ICBF al ahora accionante Gabriel Castilla Castillo.

<sup>1</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo. Cita del original

<sup>2</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Cita del original

<sup>3</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C.1122 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Cita del original

También resulta pacífico el hecho de que el ICBF tomando como fundamento el concepto emitido por el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicios Civiles a través de la Sentencia de 25 de octubre de 2017 decidió, mediante Resolución No. 0508 de 23 de enero de 2018 declarar desierto el concurso de mérito, para realizar nuevamente el proceso de escogencia y nombramiento.

Y que posteriormente el ICBF el 23 de marzo de 2018 en convenio con el Departamento Administrativo de la Función Pública, abrió nuevamente el concurso de mérito B/F 18 -002 para conformar la terna para ocupar el cargo de Director Regional Sucre del ICBF Código 0042 Grado 18.

Entonces, estudiado el escrito de tutela, así como cada una de las pruebas documentales allegadas al expediente y el correspondiente informe presentado por las entidad accionada, encuentra el despacho, que no existe argumento plausible ni evidencia probatoria que permita conferir el amparo deprecado y con ello acceder a la pretensión encaminada a validar en el concurso que está en curso el puntaje obtenido en el anterior, veamos por qué:

La decisión de declarar desierto el concurso de mérito varias veces mencionada fue tomada con base en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicios Civiles del Consejo de Estado a través de la Sentencia de 25 de octubre de 2017, donde se preguntó sobre la interpretación que debe darse a la sentencia C- 295 de 1995 que trató el tema de cómo debe manejarse en un concurso de mérito donde un candidato se encuentra inhabilitado para desempeñar en cargo.

Es así que la sentencia puntualiza respecto del punto específico sometido a esta tutela que:

A la pregunta de ¿debe realizarse un nuevo proceso de conformación de la terna? Es decir, una nueva convocatoria pública en los términos del Título 28 del Decreto 1083 de 2015

La respuesta es que: La repetición del proceso de escogencia y nombramiento del Director o Gerente Regional o Seccional del Establecimiento Público Nacional, implica realizar un nuevo proceso de conformación de la terna, para lo cual se debe efectuar una nueva convocatoria pública.

Luego la pregunta ¿Le corresponde al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar remitir nuevamente la terna con alguno de aquellos candidatos que no fueron incorporados en la nueva terna?

Respondió: Como se trata de un nuevo proceso de escogencia y nombramiento, el Director General del ICBF puede remitir la nueva terna con alguno de los candidatos que no fueron incorporados en la primera terna, siempre y cuando dicho candidato se haya presentado y haya sido seleccionado en el nuevo concurso”

El hilo argumentativo de la sentencia en cita, que llevó a proporcionar las respuestas resaltadas, entraña la prevalencia del derecho a la igualdad y al mérito al acceso a cargos públicos.

De esta manera, esta operadora judicial se pregunta por qué si para los que no integraron la terna en un concurso anterior es necesario para que puedan ser ternados que se hayan presentado y que hayan sido seleccionados, es decir, admitidos, no debería pensarse que esas mismas exigencias mínimas deban ser extendidas y exigidas a quienes integraron la terna anterior.

Y la respuesta es que no existe mérito para que exista distinción, dado que con lo anterior se protegen las prerrogativas de acceso en igualdad mínima de condiciones a un cargo públicos y se respetan las directrices del proceso de selección.

De cara a este planteamiento, existen evidencias en este asunto de que el 23 de marzo de 2018 se abrió en nuevo concurso de mérito para proveer el cargo de Director Regional Sucre del ICBF Código 0042 Grado 18, no obstante ni en el escrito de tutela, ni en la prueba documental allegada existe evidencia de que actores se hayan inscrito e incluso hayan sido admitidos, pues en esa etapa se encuentra el concurso según el cronograma señalado en líneas anteriores, por lo que ante el incumplimiento de esos requisitos mínimos, no es posible llegar a considera que sea válido migrar la puntuación que obtuvieron a en un concurso que fue desprovisto de eficacia jurídica, con la declaratoria de desierto a uno nuevo donde ni siquiera fueron admitidos.

Una determinación en contrario estaría en contravía de lo establecido en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, que reza que “ todos los ciudadanos gozarán, (...) sin restricción indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) **c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país**”, lo que no se logra situando a los actores en mejores condiciones que los inscritos en la nueva convocatoria, sin haber agotado los requisitos mínimos varias veces mencionados.

Entonces, en el caso valorado por este despacho, no se evidencia que el ICBF a través de alguna acción u omisión le esté impidiendo ejercer el derecho de los actores al acceso a cargos públicos, pues la decisión de declaratoria de desierto de pretérito concurso esta revestida de legalidad al ser impartida en apego a la decisión proferida por el Consejo de Estado y al no haber sido cuestionada por los accionantes director dagnificados con ella para solicitar la nulidad y restablecimiento del derecho, con la plausible suspensión del acto, por lo que a la fecha goza de total validez.

En este orden de ideas, lo anterior también lleva a concluir que si bien la tutela se presentó como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en este caso en particular no se evidencia que se configure, porque incluso a la fecha de presentación de la acción de tutela, ya se había convocado al nuevo concurso y pasado la etapa de inscripción, que no utilizaron, lo que indica que el fenecimiento de la oportunidad de hacer parte de la nueva justa, lo que a la postre le generaría un perjuicio, se debió a su propia negligencia, por lo que no es posible hablar de un perjuicio y menor irremediable a cargo de la autoridades accionadas.

Por estas razones el amparo constitucional deprecado deberá ser negado.

Por otro lado y para finalizar, se alga la presunta vulneración del derecho a la igualdad.

*“La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras. (Sentencia T- 030 de 2017.*

Realizado el test de igualdad, entre las dos situaciones puestas en consideración, se encuentra que contrario a lo afirmado por los accionantes las situaciones son disimiles, lo que no permite que le sea aplicado un tratamiento jurídico igual.

Hablan los actores de la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Magdalena el 21 de noviembre de 2016 al resolver la acción de tutela promovida por ULDIS ARELIS PÉREZ MAESTRE en contra del ICBF y el Departamento Administrativo de la Función Pública, radicada bajo el número 47 001 31 04 2016 00119 00, resolvió mantener el puntaje que obtuvo la accionante en el concurso donde fue la única que alcanzó hito necesario para acceder al cargo de Directora de la Seccional del Magdalena del ICBF

Como se puede apreciar, la única similitud que existe entre las dos situaciones que es estamos en presencia de concursos de mérito convocados por el ICBF para proveer el cargo de Director y que fueron declarados desiertos, pues mientras en identificado en párrafo anterior, la accionante era la única que alcanzó el puntaje para pasar a la etapa de entrevista, donde se vio frustrada su aspiración al no tener más aspirantes con quien conformar la terna necesaria para pasar a la siguiente fase; en cambio en el caso que ahora ocupa la atención del despacho la situación fáctica es totalmente diferente y además para garantizar la paridad de acceso al segundo concurso, como lo hizo la señora Pérez Maestre los actores debieron estar admitidos en el segundo concurso.

Por tanto, con lo brevemente expuesto el despacho tampoco encuentra prosperidad en la solicitud del amparo del derecho a la igualdad.

Por lo expuesto el Juzgado Primero de Familia de Valledupar, Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

#### RESUELVE:

PRIMERO: NO CONCEDER el amparo constitucional solicitado por los señores GABRIEL CASTILLA CASTILLO y JUAN FRANCISCO ORTEGA HERNÁNDEZ en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y el DEPARTAMENTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE el presente proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En el evento que no fuere impugnada la decisión, REMÍTASE a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÁNGELA DIANA FUMINAYA DAZA  
JUEZ.