JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA –
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 26 de octubre de 2018. **SENTENCIA DE TUTELA No.** 137

Accionada: INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC
Accionante: ASTRID PEÑATE ARENAS
Derechos Invocados: Acceso a cargos públicos, Igualdad, obtener una remuneración mínima, vital y móvil.
Radicado: 110013335-017-**2018-00396**-00
Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por la señora ASTRID PEÑATE ARENAS, en nombre propio, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA, por el inminente peligro de vulneración a sus derechos fundamentales antes referenciados; no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN. La señora ASTRID PEÑATE ARENAS instauró acción de tutela para efectos de que el INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA proceda a efectuar su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 14, OPEC 41885, conforme con la lista de elegibles conformada con Resolución No. CNSC – 20182110109345 de 15 de agosto de 2018, la cual se encuentra en firme desde el 27 de agosto de 2018.

Participó en la Convocatoria No. 428 de 2016 de la CNSC y luego de superar todas las etapas del concurso de méritos ocupó el quinto puesto en la lista de elegibles, de siete cargos ofertados.

A partir del 28 de agosto de 2018 comenzaron a correr los 10 días con los que legalmente contaba la entidad para efectuar el nombramiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 1227 de 2005, en concordancia con el artículo 9 del Acuerdo 562 de 5 de enero de 2016 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El 10 de septiembre de 2018 presentó derecho de petición ante el INVIMA solicitando nombramiento en periodo de prueba y recibió como respuesta que hasta tanto no reciban la respuesta por parte del Consejo de Estado a la consulta de aclaración sobre la suspensión dirigida a la CNSC, no expedirá actos administrativos relacionados con la convocatoria.

El 2 de octubre de 2018 recibió correo de notificación del Juzgado 01 Administrativo de Barrancabermeja Seccional Bucaramanga, para hacerse parte de la tutela interpuesta por Jefree Alfonso Olaya Flórez quien superó el concurso para el cargo que en la actualidad ocupa en provisionalidad, en la que se ordenó resolver lo pertinente al nombramiento del accionante.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS. Considera que con la actuación de la entidad accionada se están desconociendo sus derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, igualdad y a obtener una remuneración mínima, vital y móvil y aunque cuenta con otros medios de defensa estos no resultan óptimos para la protección de sus derechos toda vez que no son idóneos, ni eficaces. Cumple con el requisito de inmediatez y como la lista de elegibles tiene una vigencia de 2 años al ventilar el asunto ante la jurisdicción contencioso administrativa, debido a la congestión judicial, existe una alta probabilidad de que esta se venza antes de tener un pronunciamiento de fondo.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN.

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** rindió el informe requerido, folios 165 a 170, en los siguientes términos:

Mediante providencia del 6 de septiembre de 2018, el Consejo de Estado dispuso: "ORDENAR a la Comisión Nacional suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto de las siguientes entidades: UAE Contaduría General de la Nación, Agencia Nacional del Espectro, Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Salud y Protección Social, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, UAE del Servicio Público del Empleo, Ministerio del Interior, Fondo Nacional de Estupefacientes, Instituto Nacional de Salud, Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, Ministerio de Comercio Industria y Turismo e Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, que hacen parte de la Convocatoria 428 de 2016 (Acuerdos 20161000001296 del 29 de julio de 2016 y 20171000000086 del 1.° de junio de 2017), hasta que se profiera sentencia (..)".

En virtud del artículo 130 de la C.P. y la Ley 909 de 2001, la CNSC es el organismo encargado de la administración y vigilancia del Sistema General de Carrera y de los sistemas especiales y específicos, así las cosas en uso de sus competencias procedió a adelantar concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de las plantas de personal de 18 entidades del orden nacional, proceso que se identificó como Convocatoria No. 428 de 2016 – Grupo de Entidades del orden Nacional, para lo cual se expidió el Acuerdo 20161000001296 del 29 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos 20171000000086 del 1º de junio de 2017 y 20171000000096 del 14 de junio de 2017, que establecen los lineamientos y parámetros respecto de los cuales se lleva a cabo la Convocatoria.

Revisado el aplicativo SIMO se estableció que la accionante se inscribió en el proceso de selección para el empleo identificado con código OPEC 41885 (Técnico) del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA, Convocatoria 428 de 2016 y mediante la Resolución 20182110109345 del 15 de agosto de 2018 se conformó la lista de elegibles para proveer siete vacantes del empleo a que se inscribió la accionante, en la que ocupó la posición 5ª.

Si bien es cierto la Convocatoria 428 de 2016 fue suspendida por medida cautelar dictada en auto del 23 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, expediente 11001-03-25-000-2017-00326-00, esta fue notificada a la CNSC por estado del 27 de agosto del presente año y de conformidad con el artículo 118 y 295 de la Ley 1564 de 2012 su efecto fue el día posterior de la citada notificación, el 28 de agosto de esta anualidad. De igual forma mediante auto interlocutorio O-294-2018 del 6 de septiembre de 2018, el Consejo de Estado aclaró la providencia en el sentido de señalar que la medida hacía referencia solo al Ministerio de Trabajo, por tanto las demás entidades que hacen parte de la Convocatoria no fueron suspendidas a través del proveído del 23 de agosto de 2018; no obstante, el Consejo de Estado mediante Auto interlocutorio O-283-2018 del 6 de septiembre de 2018,

dispuso suspender nuevamente la Convocatoria No. 428 de 2016 para ciertas entidades nacionales, entre estas el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA.

A pesar de lo anterior, la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No. 20182120117395 del 6 de agosto de 2018, cobró firmeza el 27 de agosto, toda vez que la medida cautelar del proveído 23 de agosto de 2018 no abarcaba al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA.

Indica que a través del auto interlocutorio O-272-2018 del 1º de octubre de 2018 el Consejo de Estado resolvió solicitudes de adición, aclaración, modificación y nulidad de medida cautelar de suspensión provisional y señala que no proceden las solicitudes de extender los efectos de la medida cautelar decretada a los actos administrativos proferidos después de la lista de elegibles, por cuanto escapa del objeto del presente asunto.

En síntesis los procesos que continúan posterior a la firmeza de la lista de elegibles deben seguir su curso, toda vez que la medida cautelar dictada por el H. Consejo solo afecta aquellas listas de elegibles que aún no han cobrado firmeza, pues sobre los demás existe un derecho adquirido para los participantes.

2) El **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA**, folios 236 a 253, se refiere a los hechos de la demanda y se opone a lo pretendido con la presente acción como quiera que el actuar del INVIMA se ha limitado a obedecer a una orden judicial emitida por el honorable Consejo de Estado, señala que existe falta de legitimación por pasiva atendiendo al artículo 245 de la ley 100 de 1993 y a las funciones establecidas en el Decreto 1290 de 1994 y 2078 de 2012 y la provisión de los empleos vacantes debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 125 de la C.P., cuya competencia está en cabeza de la CNSC.

La CNSC publicó en su página web el día 18 de septiembre de 2018, comunicado de prensa No. 14 de septiembre de 2018 donde informa a la comunidad en general cuáles concursos de méritos se encuentran suspendidos en la actualidad, incluyendo la Convocatoria 428 de 2016.

Menciona que el INVIMA solicitó al Consejo de Estado aclarar si la suspensión dirigida a la CNSC implica que el INVIMA también suspenda las actuaciones administrativas que se derivan de la mencionada convocatoria y el Consejo de Estado mediante auto de fecha 1º de octubre , en el expediente 11001-03-25-0002018-00368-00, resolvió negar las solicitudes de aclaración, adición y corrección y no resolvió de fondo la solicitud. Adicionalmente queda por resolver un recurso de súplica, la solicitud de nulidad y la acumulación de numerosas demandas de nulidad simple que se encuentran en curso ante el Consejo de Estado.

La CNSC emitió un comunicado el 8 de octubre de 2018 señalando que las entidades objeto de la convocatoria 428 de 2016 deben respetar el derecho de los elegibles a ser nombrados en periodo de prueba, razón por la que indica que para el INVIMA es prioritario el cumplimiento de la ley y en este sentido desarrolla y ejecuta todos sus actos de gestión, son defensores del mérito y esperan contar con una planta de funcionarios seleccionados por concurso, pero ante la decisión del Consejo de Estado es deber del Instituto cumplir la orden judicial en el marco de la Convocatoria 428 de 2016 y hasta tanto exista un nuevo pronunciamiento de fondo que permita continuar con dicho trámite no expedirá actos administrativos de nominación relacionados con la Convocatoria, respetando la medida cautelar.

3) Terceros interesados

– Ana María Guerrero Amaya

Manifiesta que para ser retirada del servicio público necesita que sea como resultado de un debido proceso. Existen numerosos fallos de tutela que rechazan la argumentación de la accionante. Las etapas de procedimiento administrativo para acceder al cargo público deben reunirse en su totalidad y la accionante no cuenta con el periodo de prueba porque dicho procedimiento fue suspendido por orden judicial y que la persona esté en lista de elegibles con firmeza no significa que para ello no opere la suspensión, pues la orden no excluye esta etapa.

Por estas razones no puede ser retirada legalmente del servicio público siendo desplazada por una persona que no ha llenado la totalidad de los requisitos para acceder al cargo.

– Lilia Rodríguez Hernández

Indica que se encuentra ocupando el cargo de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 14, correspondiente al proceso que se encuentra adelantando la CNSC entidad que convocó a concurso de méritos los empleos vacantes y que se encuentra suspendido por el Consejo de Estado.

Debe entenderse que pese a tenerse unas listas de elegibles el proceso del concurso termina con la posesión de quien haya sido nombrado y al manifestarse por parte del Magistrado que se encuentra suspendida la convocatoria 428, la posesión también hasta cuando lo indique quien profirió la medida cautelar. Solicita se desvincule de la presente acción, toda vez que las pretensiones y hechos reclamados por la accionante no son de su competencia.

– José Hernando García Pulido, Esther Adriana Calderón Melo, Ginette Xiomara Contreras Arcila

El 17 de octubre de la presente anualidad recibió correo electrónico mediante el cual tuvo conocimiento de la presente acción de tutela, por tener un interés directo toda vez que ocupa en provisionalidad uno de los cargos de Técnico Administrativo, Grado 14, Código 3124 de la Dirección de Operaciones Sanitarias, OPEC 41885.

La CNSC mediante Resolución CNSC 20182110108635 del 15 de agosto de 2018 por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 7 cargos vacantes del empleo de carrera OPEC 41885, que fue remitida para presentar las respectivas exclusiones lo que significa que la misma no se encuentra en firme, atendiendo a lo prescrito en el artículo 14 del Decreto 760 de 2005, por lo tanto hasta que la CNSC no se pronuncie sobre las exclusiones la lista de elegibles carece de firmeza.

La CNSC mediante Resolución CNSC 20182120122925 del 27 de agosto de 2018 resolvió las solicitudes de exclusión presentadas, sin firmeza para el 29 de agosto de 2018. El 23 de agosto de 2018 el Consejo de Estado suspendió provisionalmente la actuación administrativa adelantada dentro del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 428 de 2016, hasta que se profiera sentencia. El 6 de septiembre el Consejo de Estado aclara que la suspensión es solo respecto del Ministerio de Trabajo, pero en la misma fecha mediante auto suspende provisionalmente la actuación administrativa de varias entidades entre estas el INVIMA.

El INVIMA acatando las medidas ordenadas por el H. Consejo de Estado comunica a todos los participantes en la Convocatoria 428 el acatamiento de las órdenes judiciales, con fundamento en que la misma aplica a todos los actos administrativos como son las listas de elegibles, nombramientos y periodo de prueba, tratando de evitar un perjuicio mayor.
La accionante ha tenido dos instancias en las cuales ha podido interponer los recursos legales pertinentes frente a la suspensión del concurso, toda vez que el 23 de agosto el Consejo de Estado emitió medida cautelar de suspensión provisional y el 6 de septiembre de 2018 cuando el Consejo de Estado se ratificó en la medida cautelar, resolviendo la aclaración del precitado auto y al no hacer uso de los recursos la acción de tutela pierde la viabilidad jurídica, por improcedente.

Emitida la medida cautelar de la Convocatoria 428 de 2016 todos los actos que se desprendan de la misma perderán su exigibilidad, conforme con lo previsto en el artículo 91 del CPACA.

De acogerse la posición de la tutelante se estarían vulnerando sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital, al trabajo, considerando que el INVIMA no ha vulnerado derecho fundamental alguno toda vez que le dio respuesta oportuna y de fondo a su petición, configurándose una carencia actual de objeto por hecho superado.

José Hernando García Pulido alega su condición de pre pensionado y se opone a las pretensiones de la accionante.

Esther Adriana Calderón Melo manifiesta que la tutelante ocupa un cargo en el Instituto, por lo tanto no está viendo afectado su mínimo vital contrario a ella que perdería la oportunidad de continuar ejerciendo el cargo en provisionalidad, que tiene derecho a conservar hasta cuando el Consejo de Estado resuelva de fondo lo concerniente a la Convocatoria 428.

Ginette Xiomara Contreras Arcila informa que en este momento cuenta con fuero sindical, garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, previamente calificada por el juez de trabajo.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y en razón a que el trámite va dirigido contra una entidad del orden nacional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

En cuanto a la legitimación por activa, la solicitante es persona natural que actúa a nombre propio (art. 10 del D. 2591 de 1991); y por pasiva la acción se interpuso frente a la actuación de una entidad pública nacional, esto es el INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA (art. 13 del D. 2591 de 1991).

ANÁLISIS DEL DESPACHO.

Procedibilidad de la acción de tutela.

Dado su carácter subsidiario y residual la acción de tutela no procede "*cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*" (art. 6-1 D. 2591/91). Así mismo, no procede "*cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto*" (art. 6-5 D. 2591/91)

Dada la naturaleza especial de la acción y su finalidad, el tutelante debe acudir en forma inmediata o al menos en un plazo razonable ante los jueces de la República, en búsqueda del amparo de sus derechos fundamentales.

En el asunto sub, resulta imperioso revisar y atender el precedente jurisprudencial en relación con *i)* Subsidiariedad *ii)* Que se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, *iii)* La carrera administrativa como regla general fundada en el mérito y en el principio constitucional de estabilidad laboral, *iv)* Obligatoriedad de la lista de elegibles, *v)* La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, *vi)* Proceso de simple nulidad contra el acuerdo de la Convocatoria 428 de 2016, y *vii)* Caso concreto para determinar si los hechos descritos en los antecedentes y probados en el proceso ameritan el amparo.

***i)* Subsidiariedad**[1]

El inciso 4º del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que *"[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

En la **sentencia T-1008 de 2012**[2], la H. Corte Constitucional estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar la competencia de la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que esta acción no ha sido consagrada para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

[1] Corte Constitucional Sentencia T-471 del diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017) Magistrada Sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. Referencia: Expediente T- 6.033.374. Acción de tutela promovida por Faustino Romero Quintero contra las Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y COLPENSIONES. Procedencia: Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Asunto: Protección constitucional de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de una persona que hace parte de un grupo de especial protección constitucional por pertenecer a la tercera edad.
[2] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Posteriormente, en las **sentencias T-373**[3] y **T-630 de 2015**[4], establecieron que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico**, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harian procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; la segunda, que *"siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela"*[5].

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado[6].

En relación con la idoneidad del recurso ordinario, la Corte en la **sentencia SU-961 de 1999**[7] indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

En el mismo sentido, la **sentencia T-230 de 2013**[8], indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

Es importante citar un aparte de la **sentencia SU-553 de 2015** en la cual estimó que pese a que los actos administrativos expedidos en concurso de méritos son susceptibles de ser demandados por vía ordinaria; su exigencia traería consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si se exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por la extensa duración de su trámite.

"2.5.3.3. Los actos administrativos que expide la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento de la función administrativa que desempeña como nominador, son susceptibles de

[3] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[4] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[5] Sentencia T-705 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[6] Ver sentencias T-441 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-594 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[7] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
[8] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Ley 1437 de 2011, artículo 138).

2.5.3.4. De este modo, por regla general, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo idóneo y eficaz para demandar la legalidad del acto administrativo de nombramiento de un funcionario judicial, que por ejemplo, pretende acceder al cargo por hacer parte de una lista de elegibles conformada por el órgano competente en virtud de un concurso de méritos. Por esta razón, en principio, se aparta o excluye al juez de tutela del conocimiento de dichas controversias.

2.5.3.5. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos. El primer supuesto, es cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y el segundo, cuando el accionante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable. De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite. En esa línea de argumentación, la jurisprudencia constitucional ha señalado que "los registros de elegibles tienen vocación temporal y exigir en todo caso la actuación ante la vía judicial contenciosa puede acarrear demoras que harían nugatorio el derecho afectado ante la inminente pérdida de vigencia del registro de elegibles antes de que se pudiera adoptar una decisión en tal jurisdicción."[9][41]

2.5.3.6. En apoyo a lo anterior, esta Corporación, en la Sentencia SU-913 de 2009[10], estableció:

'5.2. Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular[11]'."

ii) Que se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional, en la **sentencia T-225 de 1993**[12], señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

---

[9] Nota interna. Sentencia T-319 de 2014.
[10] Nota interna. En la Sentencia SU-913 de 2009, la Corte revisó acciones de tutela en las cuales, como elemento común, se alegaba la inaplicación parcial de las listas de elegibles que resultaron del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo 01 de 2006, para la provisión de cargos de notarios en propiedad y acceso a la carrera notarial, como consecuencia de la suspensión provisional ordenada en el curso de la acción popular 0413-97 -para algunos participantes- de cinco puntos que el artículo 4 de la Ley 588 de 2000 otorga a la autoría de obras en derecho. Medida cautelar que tornó a definitiva mediante la sentencia de 13 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.
[11] Nota interna. Sentencia T-175 de 1997.
[12] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**[13], reiterada en la **T-956 de 2014**[14], la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser ***inminente***, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser ***urgentes*** y ***precisas*** ante la posibilidad de un daño ***grave*** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser ***impostergable*** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Es importante resaltar que si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental[15]. En este sentido, la **sentencia T-702 de 2000**[16] determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En la sentencia **T-131 de 2007**[17], la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

Empero, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre las facultades que tiene el juez constitucional de solicitar las pruebas de oficio en los casos en los que el actor no aporte las pruebas que sustentan sus pretensiones. En particular, en la **sentencia T-864 de 1999**[18], el alto Tribunal afirmó que la práctica de pruebas resulta un deber inherente para la función de los jueces constitucionales, en la medida que decisiones exigen una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto analizado. Igualmente, en la **sentencia T-498 de 2000**[19], señaló que en casos de tutela el funcionario judicial debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, lo que exige una mayor participación por parte de los jueces para lograr la máxima efectividad de la norma Superior.

En el mismo sentido, en la **sentencia T-699 de 2002**[20], este Tribunal expresó que los jueces tienen el deber de decretar y practicar pruebas con el fin de tener los suficientes elementos

[13] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[14] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[15] T-760 de 2008. MP. Mauricio González Cuervo; T-819 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-846 de 2006. MP. Jaime Córdoba Triviño. Citadas en la sentencia T-571 de 2015.
[16] MP. Alejandro Martínez Caballero.
[17] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
[18] M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[19] M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[20] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

de juicio para fallar un asunto sometido a su consideración con el fin de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales.

Finalmente, en la **sentencia T-571 de 2015**[21], esta Corporación reiteró las sentencias anteriormente citadas e indicó que la informalidad que caracteriza el amparo constitucional no significa que el juez pueda sustraerse de verificar la veracidad de las afirmaciones que presentan las partes en el proceso. Asimismo, resaltó que la decisión del juez:

> *"no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo,* ***sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela****".*

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, se concluye que, en principio, la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios. No obstante, existen situaciones de hecho en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido.

De acuerdo a lo anterior, la persona que alega la ocurrencia de un perjuicio irremediable debe acreditar probatoriamente los hechos en los que funda la configuración de dicha situación. Sin embargo, el análisis de los mencionados elementos demostrativos debe consultar los principios de informalidad y celeridad que orientan la solicitud de amparo.

***iii)* Carrera administrativa como regla general fundada en el mérito y en el principio constitucional de estabilidad laboral. Reiteración de jurisprudencia**[22]

El artículo 125 de la Constitución regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, estableciendo las modalidades de vinculación con el Estado. Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado se proveen por medio del sistema de carrera, al cual se accede por medio de concurso público de méritos. Esa disposición establece que es competencia del legislador determinar el régimen jurídico correspondiente, el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como las causales de retiro del servicio oficial. De igual forma, consagra que habrá cargos excluidos del régimen de carrera, entre los cuales se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, y los demás que determine la ley.

En desarrollo de esa norma constitucional, se expidió la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*.

Esta legislación definió en el artículo 27 la carrera administrativa como *"un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público"*; objetivo que, según esa disposición, se alcanza a través del ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad.

---

[21] M.P. María Victoria Calle Correa.
[22] Corte Constitucional Sala Plena Sentencia SU-354 del veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente (e.) IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO, Referencia: Expediente T-5.882.857, Acción de tutela instaurada por la Fiscalía General de la Nación contra la Sala Especial de Decisión 20 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

La consagración de la carrera administrativa como regla general de la administración pública *"compatibilizó los componentes básicos de la estructura estatal con los principios y fundamentos del Estado social de derecho, pues el mismo se caracteriza por la prevalencia de los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralidad, que requiere de una estructura organizativa, de una administración, cuyo diseño responda a la aplicación efectiva de esos mismos principios, de manera tal que se garantice a todos y cada uno de sus asociados, el derecho a acceder y permanecer, por sus propios méritos y capacidades, al servicio del Estado"*[23].

Se ha reconocido que la carrera administrativa es principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado social y democrático de derecho a partir de tres criterios específicos[24]:

(i) *Histórico*: durante la historia del constitucionalismo colombiano se han planteado distintas reformas constitucionales y legales dirigidas a otorgar preeminencia al sistema de carrera administrativa como la vía por excelencia para el ingreso al servicio público, con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, de *"amiguismo"* o nepotismo, acendradas en la función pública y contrarias al acceso a los cargos del Estado de modo equitativo, transparente y basado en la valoración del mérito de los aspirantes[25].

(ii) *Conceptual:* refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un principio constitucional que cumple el doble objetivo de[26]: a) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público; y b) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes[27].

(iii) *Teleológico:* se relaciona con las finalidades que cumple la carrera administrativa en el Estado constitucional. La interpretación armónica de lo preceptuado en el artículo 125 C.P. con otras normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera cumple una función articuladora de variados fines valiosos para el ordenamiento constitucional[28].

El Tribunal Supremo Constitucional ha sostenido que además del objetivo amplio de buscar la materialización del Estado social de derecho a través de la estructura de la función pública, la carrera administrativa cumple con los siguientes objetivos específicos[29]:

(i) Garantizar el cumplimiento de los fines estatales. Ello, en la medida en que permite que la función pública pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito y de calidades personales y capacidades profesionales, para determinar su ingreso, permanencia, ascenso y retiro del cargo, bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia[30]. Bajo ese entendido, se busca

---

[23] Corte Constitucional Sentencia C-126 de 1996. Reiterada en la sentencia C-288 de 2014.
[24] Corte Constitucional Sentencia C-288 de 2014. En esa oportunidad, la Corte explicó que *"esta conclusión ha sido construida a lo largo de la jurisprudencia de la Corte; no obstante, su síntesis más reciente y comprehensiva se encuentra en la sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta decisión fue declarado inexequible el Acto Legislativo 1° de 2008, que había adicionado el artículo 125 C.P. con una regla que permitía el ingreso automático en la carrera administrativa de servidores públicos que ejercían el cargo en provisionalidad y cumplían con determinadas condiciones. Esta Corporación consideró que una norma de este carácter excedía el poder de reforma constitucional del Congreso, puesto que suspendía el principio constitucional de la carrera administrativa"*.
[25] Corte Constitucional Sentencias C-553 de 2010 y SU-539 de 2012.
[26] Corte Constitucional Sentencia C-588 de 2009.
[27] Corte Constitucional Sentencias C-553 de 2010 y SU-539 de 2012.
[28] Lo indicado en este aparte se funda en la reglas jurisprudenciales previstas en las sentencias Corte Constitucional C-292 de 2001, C-517 de 2002, C-1230 de 2005, C-532 de 2006 y C-588 de 2009.
[29] Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-501 de 2005.
[30] Corte Constitucional Sentencias C-540 de 1998, C-1177 de 2001 y C-1079 de 2002.

el óptimo funcionamiento en el servicio público, de tal forma que el mismo se lleve a cabo bajo condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad.

(ii) Preservar y mantener vigentes los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Con la carrera administrativa se pretende garantizar a las personas su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo[31]. La comprensión de la función pública en clave de derechos fundamentales, impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125)[32].

(iii) La estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de esos fines[33]. Dada la trascendencia que la Constitución otorga al derecho al trabajo, fue objeto de especial atención la estabilidad de los trabajadores al servicio del Estado y de la comunidad, denominados por el artículo 123 de la Carta como servidores públicos. Así, consagró en el artículo 125 superior que todos los empleos en los órganos y las entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales, y los demás que establezca la ley[34].

(iv) La necesidad de erradicar la corrupción de la administración pública. A través del sistema de carrera administrativa también se busca luchar contra la corrupción, pues la misma garantiza la independencia y la transparencia del ingreso a la función pública:

El artículo 5º de la Ley 909 de 2004 determina que los empleos de los organismos y entidades regulados por esa ley son de carrera administrativa, con excepción de (i) los de elección popular, los de período fijo, los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación; y (ii) los de libre nombramiento y remoción entendidos como aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

Los cargos de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción son los dos extremos de estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad reforzada del cargo de carrera, la cual implica que el retiro solo podrá efectuarse *"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"*[35]. Ello, con miras a garantizar que en ninguno de estos empleos, razones ajenas al servicio puedan determinar el nombramiento, ascenso o remoción de los ciudadanos en puestos públicos[36].

---

[31] Corte Constitucional Sentencias T-419 de 1992, C-479 de 1992, C-1177 de 2001, C-517 de 2002, C-1079 de 2002, C-532 de 2006, C-182 de 2007, C-315 de 2007 y C-588 de 2009.
[32] Corte Constitucional Sentencia C-319 de 2010.
[33] Ver Corte Constitucional sentencias C-479 de 1992, C-195 de 1994, C-040 de 1995, C-041 de 1995, C-037 de 1996, C-030 de 1997, C-539 de 1998, C-540 de 1998, C-110 de 1999, C-109 de 2000, C-371 de 2000, C-486 de 2000, C-292 de 2001, C-954 de 2001, C-1177 de 2001, C-517 de 2002, C-1079 de 2002, C-969 de 2003, C-077 de 2004, C-734 de 2003, C-733 de 2005, C-182 de 2007 y C-901 de 2008, M.P.
[34] Corte Constitucional Sentencia C-1119 de 2005.
[35] Inciso 5°, artículo 125 de la Constitución Política.
[36] Corte Constitucional Sentencia SU-556 de 2014.

El principio de estabilidad se encuentra consagrado en los artículos 53 y 125 de la Carta Política, disposiciones en virtud de las cuales todos los trabajadores, ya sea que estén vinculados al sector privado o que se trate de servidores del Estado pertenecientes al sistema de carrera, tienen una expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales[37].

Este principio orientador de la carrera administrativa, que ha sido entendido como *"la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo"*[38], constituye un factor esencial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se instituye también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado[39]. En palabras de esta Corporación:

> *"El principio de la estabilidad (...) se encuentra recogido en la filosofía que inspira la carrera administrativa, que no sólo consagra los postulados de eficiencia y eficacia, sino que es una realización de la igualdad y estabilidad. Por lo anterior, cualquier acto que introduzca la desigualdad entre los empleados de carrera, o cualquier facultad de discrecionalidad plena al nominador, se tienen como un atentado contra el contenido esencial de la estabilidad laboral recogido por la filosofía que inspira la carrera administrativa. Y es que uno de los mecanismos para lograr la eficacia y eficiencia es la carrera administrativa, que hace que estos factores, junto con el respeto al régimen disciplinario, sean los determinantes de la estabilidad laboral, y no la discrecionalidad plena del nominador. Es por ello que la carrera administrativa busca depurar a la Administración de factores ajenos al rendimiento laboral, para su vinculación o exclusión. Establece un proceso tendiente al logro de resultados, de forma gradual, donde la capacidad real demostrada es el mecanismo de promoción y la ineficacia comprobada el motivo de retiro, evitando así arbitrariedades por parte del nominador"*[40].

Lo anterior no se opone a la posibilidad de consagrar causales de separación de la carrera en los casos previstos en la ley, como razón suficiente para la adopción de esa medida. En otras palabras, el principio de estabilidad no implica la inamovilidad absoluta del empleado[41], en tanto existen circunstancias constitucionalmente aceptadas que permiten su desvinculación válida de la carrera[42]. Es por ello que el artículo 125 Superior admite que el retiro se haga *"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"*.

La carrera administrativa, entonces, comprende tres aspectos fundamentales y que se encuentran interrelacionados[43]: (i) la eficiencia y eficacia en el servicio público, principio por el cual la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional; (ii) la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (artículo 40 de la Constitución); y (iii) la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos constitucionales 53 y 125 tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, en tanto las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado[44]. Sobre el particular, ha dicho esta Corporación:

---

[37] Corte Constitucional Sentencia C-479-1992. *Cfr.* Sentencia C-501 de 2005.
[38] Ibidem.
[39] Corte Constitucional Sentencias C-048 de 1997 y C-838 de 2002.
[40] Corte Constitucional Sentencia C-023-1994. *Cfr.* Sentencia C-501 de 2005.
[41] Corte Constitucional Sentencias C-023-1994, C-104 de 1994 y C-527 de 1994. Cfr. Sentencia C-501 de 2005.
[42] Corte Constitucional Sentencia C-501 de 2005.
[43] Al respecto pueden verse, entre otras, Corte Constitucional sentencias C-479 de 1992, C-391 de 1993, C-527 de 1994 y C-040 de 1995.
[44] Ver entre otras, Corte Constitucional sentencias T-419 de 1992 y C-479 de 1992.

"Cuando el legislador reglamenta el ingreso, ascenso y retiro de la carrera su ámbito de apreciación está limitado por la configuración constitucional de la carrera, por sus fines y principios que la rigen y por los derechos que protege. De ello se sigue que si la Carta establece diferencias entre los conceptos de ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, con esa distinción configura un límite para el poder de regulación del legislador pues éste no puede desconocer las situaciones jurídicas de los empleados estatales de tal manera que pueda atribuir a unas de ellas los efectos que corresponden a otras y, por esa vía, vulnerar sus derechos adquiridos.

De esta manera se advierte que si bien el Texto Fundamental habilita al legislador para determinar causales de retiro de la carrera administrativa, el ejercicio de esa facultad se encuentra limitado y si ello es así, la Corte debe pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma que al regular uno de los momentos de la carrera, el ascenso, le asigna los efectos de otro, evaluación y calificación del desempeño".[45]

El artículo 125 de la Carta Política establece que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Esta disposición señala que las causales de retiro para este tipo de cargos serán: por la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por la violación del régimen disciplinario y por las demás que establezca la Constitución y la ley.

Mediante la Ley 909 de 2004 se expidieron normas dirigidas a regular el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública. El artículo 37 de esa normatividad definió como principios que orientan la permanencia en el servicio: (i) el mérito, según el cual la permanencia en los cargos de carrera administrativa exige la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo, el logro de resultados y realizaciones en el desarrollo y ejercicio de la función pública y la adquisición de las nuevas competencias que demande el ejercicio de la misma; (ii) el cumplimiento, que supone que los empleados deberán cumplir cabalmente las normas que regulan la función pública y las funciones asignadas al empleo; (iii) la evaluación, como deber del empleado público de carrera administrativa de someterse y colaborar activamente en el proceso de evaluación personal e institucional, de conformidad con los criterios definidos por la entidad o autoridad competente; y (iv) la promoción de lo público, en virtud del cual es tarea de cada empleado la búsqueda de un ambiente colaborativo y de trabajo en grupo y de defensa permanente del interés público en cada una de sus actuaciones y las de la administración pública.

En definitiva, el artículo 125 de la Constitución establece, como regla general, que el régimen de los empleos estatales es el de carrera administrativa, cuyo propósito es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. Una de las finalidades del Constituyente al establecer los cargos de carrera fue garantizar la estabilidad laboral de sus servidores, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de los fines de la función pública.

***iv)* Obligatoriedad de la lista de elegibles**[46]

Ahora bien, el agotamiento de las diferentes etapas del concurso – siempre y cuando se respeten las reglas inicialmente establecidas – traerá como consecuencia necesaria la designación obligatoria de aquel quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles y de aquellos que lo preceden en el orden, dependiendo del número de vacantes disponibles. La

[45] Corte Constitucional Sentencia C-292 de 2001. Reiterado en la sentencia C-501 de 2005.
[46] Corte Constitucional Sala Plena Sentencia T-569 del veintiuno (21) de julio de dos mil once (2011). Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO. Referencia: expediente T-2878113. Acción de tutela instaurada por Hames Andrés Ruano Riveros contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá.

Corte ha expresado que *"cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación"*, ya que justamente el nombramiento del más apto es la finalidad para la cual aquel ha sido instituido[47].

Así, mediante las listas de elegibles, la administración reconoce el derecho que tiene aquel que ocupó el primer lugar dentro de aquella a ser nombrado en el cargo para el cual concursó. A través de la lista de elegibles se organiza la información de los resultados del concurso, señalándose quiénes tendrán derecho a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje[48]. De esta forma, figurar en el primer lugar de la lista de elegibles no genera una simple expectativa de ser nombrado, sino que en realidad configura un auténtico derecho adquirido. Por consiguiente, la Corte ha señalado reiteradamente que las listas *"son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales."*[49] En la sentencia T-455 de 2000 la Corte ratificó el carácter vinculante e inviolable de las listas de elegibles al manifestar que:

> *"Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.*
>
> *Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.*
>
> *En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.*
>
> *Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente."*

En otras palabras, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, *"que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman."*[50]

En consecuencia, esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado[51]; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales. En efecto, una vez ha

[47] Corte Constitucional Sentencias C-319, C-181 y T-606 de 2010, C-588 de 2009 y T-969 de 2006, entre otras.
[48] Corte Constitucional Sentencias T-556 y T-606 de 2010, entre otras.
[49] Corte Constitucional Sentencias SU-913 de 2009, T-024 de 2007, T-132 de 2006, entre otras.
[50] Corte Constitucional Sentencia SU-913 de 2009.
[51] Corte Constitucional Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.

adquirido firmeza el acto administrativo mediante el cual se conforma la lista de elegibles, aquel, salvo en las mencionadas excepciones, se torna inmutable e irrevocable, sin perjuicio de los recursos judiciales contencioso administrativos que se podrían presentar en contra de él por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria.[52]

***v)* La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa**

La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional.[53] El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto frente a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales[54].

---

[52] Ibidem.

[53] La Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Mauricio González Cuervo) se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 de 2008, "*Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política*". El actor en sus cargos señaló que el Congreso de la República se extralimitó al ejercer el poder de reforma constitucional, pues, en lugar de reformar la Carta, reemplazó uno de los ejes definitorios de la Constitución por otro opuesto o completamente diferente. Indicó el demandante que: "la supresión de la carrera, del mérito y del concurso por el ingreso automático previsto en el Acto Legislativo demandado, conduce a la libre disposición de los cargos en beneficio de quienes ingresaron provisionalmente y por la voluntad discrecional del correspondiente nominador, en detrimento del derecho de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, todo lo cual, adicionalmente, resulta predicable de los sistemas especiales de carrera que, en consecuencia, también son objeto de desconocimiento". La Corte constitucional sostuvo que "la carrera administrativa es un principio del ordenamiento jurídico superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, y en el instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría. [...] Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios "suponen una delimitación política y axiológica", por cuya virtud se restringe "el espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser". Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que "en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional".

[54] Sin embargo, desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) se estableció que "la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-660 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) señaló que "la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse. Esta misma doctrina también ha señalado que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso. Ello debido a que la reserva de las razones que fundaron la separación del empleo pone en situación de indefensión al afectado, en la medida en que no podría controvertirlas ante la jurisdicción del contencioso administrativo".

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución[55].

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad[56].

Ahora bien, la Corte Constitucional ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, *"concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa"*[57].

---

[55] El parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", establece que "[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado".

[56] La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. Esta Corporación confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental, sin embargo consideró que por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que "la pérdida del trabajo [...] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo". Además, la Corte sostuvo por vez primera que "el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, SPV Nilson Pinilla Pinilla). En esta ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieren sido motivados. Este Tribunal *(i)* reiteró la posición sentada por la Corte desde el año mil novecientos noventa y ocho (1998) referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y *(ii)* resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad. La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente: "El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional. || Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predican directamente de quien es desvinculado"...". Concluyó que "respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión". Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[57] Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa[58], antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las madres cabeza de familia (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)[59].

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011[60], esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las madres y padres cabeza de familia, pre pensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

> *"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[61], gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación[62]. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad,*

---

[58] En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

[59] Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva).

[60] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: *i)* si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y *ii)* determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que "[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010".

[61] La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

[62] Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

*"[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, **sí** tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.*

*"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (negrillas originales).*

Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos *(i)* la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y *(ii)* la motivación del acto administrativo de desvinculación.

***vi)* Proceso de simple nulidad contra el acuerdo de la Convocatoria 428 de 2016**

Con fecha 25 de abril de 2017 el Colegio Nacional de Inspectores de Trabajo – CNIT radicó ante el Consejo de Estado demanda de simple nulidad en la que solicita la nulidad del Acuerdo núm. 20161000001296 del 29-07-2016, por medio del cual «*[...] se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de trece (13) Entidades del Sector Nación, Convocatoria 428 del 2016 Grupo de Entidades del Sector Nación [...]*», por supuesta infracción a lo dispuesto en los artículos 209 de la Constitución Política, 71 del Decreto 111 de 1996 y 31 de la Ley 909 de 2004. Lo anterior, por cuanto dicho acto no ha sido suscrito por el jefe de la entidad u organismo convocante, para este caso, del Ministro del Trabajo, y sin tener en cuenta las apropiaciones presupuestales respectivas y el certificado de disponibilidad para ordenar el gasto y el registro de la convocatoria; así mismo, pretende que se decrete la nulidad de la oferta pública de carrera administrativa OPEC emitida por el Ministerio del Trabajo.

El medio de control fue repartido al H. Consejero Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ quien la admitió mediante providencia del 5 de abril de 2018, dejando pendiente la decisión sobre la suspensión provisional del acto demandado, medida que fue resuelta a través de auto del 23 de agosto de 2018, en el que se determinó suspender provisionalmente el Acuerdo núm. 20161000001296 del 29-07-2016 (fls.30-47).

La anterior providencia fue aclarada por auto del 6 de septiembre de 2018 el Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ se permitió aclarar el auto que decretó la medida cautelar en razón a las solicitudes recibidas precisando: *"PRIMERO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación*

administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto ***solo respecto del Ministerio de Trabajo****, el cual hace parte de la Convocatoria 428 de 2016 (Acuerdo 2016 1000001296 del 29 de julio del 2016), hasta que se profiera sentencia."* (fl.133), en tanto la demanda está circunscrita a la nulidad del acto de convocatoria 428 de 2016 respecto del Ministerio de Trabajo, luego solo a esta entidad es que opera la medida de suspensión provisional, y no se encontraban inmersas ninguna de las otras 12 entidades más que hacían parte de esta.

Sin embargo, en la misma fecha 6 de septiembre 2018, auto interlocutorio O-283 de 2018, se decidió la solicitud de suspensión provisional presentada dentro del expediente 11001-03-25-000-2018-00368-00, ordenando "a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto de las siguientes entidades: UAE Contaduría General de la Nación, Agencia Nacional del Espectro, Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Salud y Protección Social, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, UAE del Servicio Público del Empleo, Ministerio del Interior, Fondo Nacional de Estupefacientes, Instituto Nacional de Salud, Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, Ministerio de Comercio Industria y Turismo e Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, que hacen parte de la Convocatoria 428 de 2016 (Acuerdos 20161000001296 del 29 de julio de 2016 y 20171000000086 del 1.° de junio de 2017), hasta que se profiera sentencia (..)" Subrayado fuera de texto. Folios 49 a 65.

Recientemente, por auto del 1º de octubre de 2018, el Consejo de Estado aclaró que "no procede las solicitudes de extender los efectos de la medida cautelar decretada a los actos administrativos proferidos después de la lista de elegibles, por cuanto escapa del objeto del presente asunto, el cual versa sobre la actuación de la Comisión Nacional del Servicio Civil y no de las demás entidades que fueron objeto de la Convocatoria 428 de 2016". (fls. 120 vto.

vi) **Caso concreto.** En el presente asunto la accionante pretende que por esta vía se acceda al amparo solicitado para efectos de que se ordene al INVIMA efectuar su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 14, código OPEC 41885 en virtud de la lista de elegibles conformada en la Resolución CNSC 20182110109345 del 15 de agosto de 2018 y que una vez se haya efectuado el INVIMA se abstenga de ejercer cualquier acto que pueda coartar sus derechos fundamentales.

Por su parte el **INVIMA** orienta sus argumentaciones a señalar que el INVIMA se ha limitado a obedecer a una orden judicial emitida por el honorable Consejo de Estado y que la CNSC publicó en su página web el día 18 de septiembre de 2018 un comunicado de prensa No. 14 de septiembre de 2018 donde informa a la comunidad en general cuáles concursos de méritos se encuentran suspendidos en la actualidad, incluyendo la Convocatoria 428 de 2016. Adicionalmente queda por resolver un recurso de súplica, la solicitud de nulidad y la acumulación de numerosas demandas de nulidad simple que se encuentran en curso ante el Consejo de Estado. Ante la decisión del Consejo de Estado considera que es deber del Instituto cumplir la orden judicial en el marco de la Convocatoria 428 de 2016 y hasta tanto exista un nuevo pronunciamiento de fondo que permita continuar con dicho trámite no expedirá actos administrativos de nominación relacionados con la Convocatoria, respetando la medida cautelar.

La **CNSC** estima que la lista de elegibles en mención cobró firmeza el 27 de agosto de 2018, toda vez que la medida cautelar del proveído 23 de agosto de 2018 no abarcaba al MINCIT, razón por la cual esta es inmodificable y surge para el concursante que ocupa un lugar de elegibilidad, dentro de un concurso de méritos, el derecho a ser nombrado en el cargo para

el cual participó, en síntesis los procesos que continúan posterior a la firmeza de la lista de elegibles deben seguir su curso.

Se encuentra probado que mediante Resolución No. CNSC – 20182110109345 del 15 de agosto de 2018 se conformó la lista de elegibles para proveer 7 vacantes para el cargo de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 14, OPEC 41885 del sistema general de carrera del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), en la cual la accionante ASTRID PEÑATE ARENAS se encuentra en la posición 5 (f. 160 Y 161). La lista anterior adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018[63].

Por esta razón el 10 de septiembre del presente año, la accionante presentó petición ante el INVIMA a fin de que se efectuara de manera inmediata su nombramiento en periodo de prueba en el empleo de Técnico Administrativo para el cual concursó, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015.

Mediante oficio obrante a folio 139 la Asesora de la Dirección General con Delegación de Funciones del Grupo de Talento Humano informó que el Consejo de Estado expidió auto que ordenó suspender provisionalmente el concurso, la CNSC en sesión del 11 de septiembre de 2018 también expidió un criterio unificado sobre el derecho del elegible a ser nombrado una vez en firme la lista y atendiendo a la decisión del Comité de Conciliación del INVIMA se definió como criterio unánime acoger la decisión contenida en el auto de fecha 6 de septiembre de 2018, tomando en consideración que el periodo de prueba hace parte de la Convocatoria.

Si bien cierto el 23 de agosto de 2018, el Consejo de Estado en el Radicado 11001-0325-000-2017-00326-00 ordenó a la CNSC suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encontraba adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 428 de 2016 (f. 81 vto.), dicha medida de suspensión provisional del acuerdo CNSC - 20161000001296 del 29-07-2016 de la Convocatoria 428 de 2016 fue aclarada por providencia del 6 de septiembre de 2018 ordenando a la Comisión Nacional del Servicio Civil "*suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encuentra adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto* ***solo respecto del Ministerio de Trabajo****, el cual hace parte de la Convocatoria 428 de 2016 (Acuerdo 2016 1000001296 del 29 de julio del 2016), hasta que se profiera sentencia.*" (fl. 86), en tanto la demanda estaba circunscrita tan solo a la nulidad del acto de convocatoria 428 de 2016 respecto del concurso de méritos adelantado por Ministerio de Trabajo, era sólo sobre la actuación administrativa que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil con ocasión al concurso de méritos del Ministerio de trabajo que operaba la medida de suspensión provisional.

Pero, en la misma fecha, 6 de septiembre de 2018, dentro del Radicado 11001-03-25-000-2018-00368-00, como ya se dijo en precedencia, el Consejo de Estado suspendió la actuación administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantada en el concurso de méritos del INVIMA (f. 97).

Como ya se dijo, por auto del 1º de octubre de 2018, el Consejo de Estado señaló que "no procede las solicitudes de extender los efectos de la medida cautelar decretada a los actos administrativos proferidos después de la lista de elegibles, por cuanto escapa del objeto del presente asunto, el cual versa sobre la actuación de la Comisión Nacional del Servicio Civil y no de las demás entidades que fueron objeto de la Convocatoria 428 de 2016". (fl. 104 vto.).

---

[63] [63] https://www.cnsc.gov.co/index.php/opec-428-de-2016-primer-grupo-de-entidades-del-orden-nacional

Por su parte, la CNSC el 8 de octubre de 2018 (f. 131 y vto.) emitió un comunicado en el cual cita la providencia del 1º de octubre y señala que "bajo este entendido, la suspensión provisional ordenada por el Consejo de Estado se refiere a las actuaciones desplegadas por la CNSC dentro del proceso de selección y no al derecho de los elegibles a ser nombrados en periodo de prueba por las Entidades como consecuencia de la firmeza de la lista de elegibles.

Es así como, para la fecha de expedición de la providencia, 6 de septiembre de 2018, la lista de elegibles para siete (7) vacantes del sistema de carrera del INVIMA en la cual la accionante ocupa el quinto lugar en el cargo de Técnico Administrativo, código 3124, Grado 14, OPEC 41885 ya se encontraba en firme desde el 27 de agosto de 2018, de acuerdo con lo consultado en la página web y la comunicación de firmeza aportada por la accionante (f. 26 a 31).

En consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia citada en precedencia y las pruebas obrantes en el proceso en la actualidad no existe ninguna orden judicial que impida el nombramiento de las listas de elegibles en el cargo para el que concursó el accionante.

Respecto de los terceros interesados que una vez notificados contestaron el escrito de tutela, **Ana María Guerrero Amaya,** quien alega vulneración al debido proceso en caso de que se ordene el nombramiento de la accionante**, Lilia Rodríguez Hernández** quien solicita su desvinculación de la acción**, José Hernando García Pulido** quien manifiesta tener la calidad de pre pensionado**, Esther Adriana Calderón Melo y Ginette Xiomara Contreras** Arcila quien dice tener fuero sindical, que ocupan el cargo denominado Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 14, OPEC 41885 del Sistema General de Carrera del INVIMA en **provisionalidad**, la Corte Constitucional en reciente sentencia T-096 de 2018 al pronunciarse sobre la tutela interpuesta por un empleado en provisionalidad, que además era sujeto de especial protección, **que aquí no se demuestra**, precisó: "*Recuérdese que la terminación del vínculo laboral de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera porque la plaza respectiva debe ser provista con la persona que superó todas las etapas de un concurso de méritos,* ***no desconoce sus derechos fundamentales****, pues la estabilidad relativa o intermedia que se le ha reconocido a esta categoría de servidores,* ***cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participaron en un concurso público e integraron la lista de elegibles***"[64].

En conclusión, no puede aceptarse que se someta a los concursantes a aplazamientos inciertos que ponen en entredicho el debido proceso administrativo. El concurso de méritos es una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional y la entidad encargada de realizarlo debe someterse a unos parámetros para poder adelantar las etapas del concurso para efectos de concluir a la lista de elegibles, pues de no ser así se afectan los derechos de quienes participan en la convocatoria.

La confianza legítima de los participantes se protege cuando existe una lista de elegibles como resultado del agotamiento de las etapas previas del concurso de méritos, luego las personas que ocupan en un lugar detentan un derecho adquirido, en los términos del artículo 125 de la Constitución Política, ser nombrado por concurso, la provisión de los cargos tiene como fundamento el mérito y la transparencia de quienes pretendan ingresar, lo cual se hace a través de procesos de selección.

Sin embargo, el Despacho no puede desconocer la posible existencia de sujetos de especial protección que se puedan ver afectados con la decisión que se adopta, por esta razón en la

[64] Corte Constitucional Sala Tercera de Revisión Sentencia T-096 veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Referencia: Expediente T-6.434.249. Acción de tutela presentada por Esteban* en contra de la Fiscalía General de la Nación.

parte resolutiva se ordenará el nombramiento de la accionante, pero se deben respetar los derechos fundamentales para los sujetos de especial condición constitucional de acuerdo con las directrices señaladas por la Corte Constitucional.

Las anteriores razones le permiten concluir al Despacho, que en el presente caso es procedente acceder al amparo pretendido por la señora ASTRID PEÑATE ARENAS.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el amparo solicitado por la accionante señora ASTRID PEÑATE ARENAS, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS - INVIMA que en cumplimiento del artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015, entre a proveer el cargo respectivo designando para el efecto a quien ocupó el quinto lugar en la lista de elegibles, respetando los derechos fundamentales de los sujetos de especial condición constitucional, si ello ocurre.

TERCERO.- NOTIFICAR a la accionada, a la accionante y a los terceros interesados, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- Si este fallo no fuere impugnado, **ENVÍESE** el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991. Una vez regrese **ARCHÍVENSE** las presentes diligencias dejando la respectiva constancia en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Eyr