



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2021-00041-00

ACCIONANTE: YAHIEL CHAPARRO RONDÓN

ACCIONADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC

DERECHO: DEBIDO PROCESO

Barranquilla, veintitrés (23) de junio de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por la señora YAHIEL CHAPARRO RONDON, en nombre propio, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, igualdad, el mérito como principio constitucional para el acceso a los cargos públicos, principio de la confianza legítima y al trabajo.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. La accionante participó en el concurso de méritos, para proveer empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Convocatoria N° 433 de 2016-ICBF, para el cargo de Defensor de Familia grado 17 código 2125 OPEC 34238, superando todas las etapas del concurso.
2. Posterior a la publicación del Acuerdo No 20161000001376 de 05-09- 2016 – ICBF, el Gobierno Nacional por intermedio del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social expidió el Decreto 1479 del 04 de septiembre de 2017, norma que creó empleos en la planta de personal de carácter permanente en el ICBF. Cabe destacar que las vacantes creadas en virtud del Decreto 1479 de 2017 y distribuidas mediante Resolución 7746 de 2017, no fueron parte de las vacantes ofertadas por el Acuerdo No 20161000001376 de 05-09- 2016 convocatoria 433 de 2016.
3. El día veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019), se expidió la Ley 1960 del 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en cuyo artículo 6 se consignó: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad."
4. El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de tutela de segunda instancia, bajo número de radicado 76 001 33 33 008 2020-00117-01, de fecha 17 de septiembre de 2020, instaurada por las señoras YORIANA ASTRID PEÑA PARRA y ANGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA, revocó la sentencia No. 93 del 10 de agosto de

2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, TUTELO los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de las citadas señoras, inaplicó por inconstitucional el Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019.” Ordenando: “...**CUARTO: ORDENAR** i) al ICBF que dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC sobre las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de las diferentes OPEC; ii) una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los tres días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS, cuyas listas vencían el pasado 30 de julio de 2020, la que deberá remitir al ICBF dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del ICBF, éste procederá dentro de los dos (2) días siguientes a publicarla para que los aspirantes escojan sede (ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.”

5. En cumplimiento a lo ordenado por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el ICBF consolidó las vacantes y las remitió ante la CNSC con oficio 202012110000338811 del 14 de diciembre de 2020 y radicado en la CNSC con el radicado 20203201349762 del 16 de diciembre de 2020.
6. Superado todas y cada una de las pruebas del concurso y encontrándose en lista de elegibles en la posición 125, que le permite claramente acceder a un empleo equivalente para el cual concursó y la posibilidad de escoger la plaza. Sin embargo, tuvo conocimiento que ya se llevó a cabo la audiencia de escogencia de cargo, en la cual no le informaron, es decir, no le dieron mi derecho a escoger libremente, y además, solamente se designaron ciento veinticuatro (124) cargos de los 194 reportados.
7. El ICBF y la CNSC tenían que dar estricto cumplimiento a la orden impartida por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en el fallo del día 17 de septiembre del 2020, en la cual manifiesta que hay más de 250 vacantes definitivas a nivel nacional, posteriormente el 14 de diciembre del 2020 en otro reporte del ICBF manifiesta 194 vacantes, es decir, el ICBF no debió realizar ningún nombramiento hasta tanto la CNSC proyectara la lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito tal como lo ordena el fallo del H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, y ahí si nombrar, además de las vacantes reportadas que aparecían con vacancia definitiva, también todas aquellas que resultaran vacantes en el transcurso del presente año, aquellas personas que se encontraban en el listado unificado de elegibles por estricto orden de meritocracia.
8. El ICBF ha venido realizando nombramientos de personas que en la lista de elegibles unificada ocuparon puestos mucho más lejanos al de la actora, prueba de ello, es la Resolución No. 1930 proferida el pasado 15 de abril de 2021, en la que nombran en el cargo de DEFENSOR DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 17, al señor JUAN JOSE GONZALEZ OSPINA, según resolución manifiesta que ocupó la posición No. 10 en lista de elegibles, pero al revisar la lista de elegibles unificada se puede observar que esta persona en realidad se encuentra en el puesto No. 255, de igual manera ocurre con la Resolución No. 1952 del 16 de abril del 2021 donde están nombrando al señor JORGE MAURICIO DONADO CORREA y este señor ni siquiera aparece en el listado de elegibles unificado por estricto orden de mérito y además, al parecer, el ICBF aún está aplicando el criterio unificado pese a lo resuelto por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

9. Sostiene que, las accionadas CNSC y ICBF han vulnerando sus derechos al desconocer el derecho que tiene adquirido por concurso de méritos para ser nombrada, al no permitirle participar de la audiencia de escogencia de plazas, para el cargo al cual concursó como es Defensor de Familia código 2125 grado 17, pues se encuentra en el listado unificado en estricto orden de mérito de la Resolución 0715 DE 2021 26-03-2021 en donde ocupa la posición No. 125 en lo posible para la OPEC 34238 regional Atlántico o donde se encuentre la vacante definitiva. Por estas mismas razones presentó derecho de petición vía correo electrónico a la CNSC y al ICBF el día 18 de mayo del 2021 sin que a la presentación de esta Acción de Tutela le hayan dado respuesta.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se le amparen los derechos depuestos, y como consecuencia de ello: *“...Se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, proceda en un término perentorio, a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes, con el fin de expedir el acto administrativo de nombramiento en carrera administrativa de la suscrita EN PERÍODO DE PRUEBA en el cargo de Defensor de Familia CODIGO 2125 GRADO 17, de preferencia para la regional Atlántico- Barranquilla que es donde resido junto con mi familia o en caso de no ser viable, otro dentro del departamento del Atlántico, o en otra región del país, u otros que se hayan generado de manera definitiva con posterioridad a la referida convocatoria, previa elección de la suscrita, atendiendo la orden impartida por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca mediante fallo de tutela en segunda instancia, bajo número de radicado 76 001 33 33 008 2020-00117-01, de fecha 17 de septiembre de 2020, instaurada por las señoras YORIANA ASTRID PEÑA PARRA y ANGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA, que revocó la sentencia No. 93 del 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali.*

TERCERO: Que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, autorizar mi NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA en el cargo de Defensor de Familia CODIGO 2125 GRADO 17, principalmente en la regional Atlántico –Barranquilla por ser allí donde resido junto con mi familia, o en caso de no ser viable, otro dentro del departamento del Atlántico, o en otra región del país, u otros que se hayan generados de manera definitiva con posterioridad a la referida convocatoria, previa elección de la suscrita, atendiendo la orden impartida por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca mediante fallo de tutela en segunda instancia, bajo número de radicado 76 001 33 33 008 2020-00117- 01, de fecha 17 de septiembre de 2020, instaurada por las señoras YORIANA ASTRID PEÑA PARRA y ANGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA, que revocó la sentencia No. 93 del 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali; respetando la observancia al mérito.

CUARTO: Se tomen las determinaciones necesarias para que entre las dos entidades accionadas ICBF y CNSC trabajen armónicamente, con el objetivo de lograr mi nombramiento dentro de los plazos establecidos por el señor Juez.”

IV. PRUEBAS

La parte actora en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

1. Copia de la cédula de ciudadanía.
2. Acuerdo N° 20161000001376 del 05-09-2016, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Convocatoria N° 433 de 2016-ICBF, el cual puede ser consultado en la página de la CNSC.

3. Resolución No. CNSC-20182230071705 del 17-07-2018 “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer diez (10) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34238, denominado Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, del sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 del 2016-ICBF.
4. Fallo de Tutela segunda instancia, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, bajo número de radicado 76 001 33 33 008 2020-00117-01, de fecha 17 de septiembre de 2020.
5. Copia de la respuesta enviada por el ICBF en cumplimiento al fallo de tutela en segunda instancia proferido por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, en el que reportan las 194 vacantes definitivas del cargo DEFENSOR DE FAMILIA CODIGO 2125 GRADO 17, con corte al 16 de diciembre de 2020.
6. Copia de la Resolución No. 715 del 26 de marzo de 2021, proferida por la CNSC, por medio de la cual da cumplimiento a la orden judicial del Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, en la que relaciona la lista de elegibles unificada.
7. Copia de la resolución No. 1930 del 15 de abril de 2021, donde nombran a un aspirante quien ocupa el puesto 255 en la lista de elegibles unificada.
8. Copia de la resolución No. 1952 del 16 de abril del 2021 en cual nombran a una persona que no aparece en el listado unificado de la resolución No. 715 del 26 de marzo 2021.
9. Constancia del derecho de petición enviado a la CNSC y al ICBF.
10. Respuesta de la CNSC donde me dan información sobre el listado unificado de mérito.
11. Decreto 1479 del 4 de septiembre del 2017 del Departamento Administrativo para la prosperidad social, donde se crean 328 cargos nuevos.
12. Fotocopias de las cédulas de los hijos de la accionante.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el día 08 de junio de 2021, ordenándose notificar a la accionada, y la vinculación de:

- ✓ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA y JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI.
- ✓ Las señoras YORIANA ASTRID PEÑA PARRA Y ÁNGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA.
- ✓ Los aspirantes al cargo denominado defensor de familia, código: 2125, grado: 17, de la OPEC 34238 y los que se encuentran en la lista de elegibles estructurada a través de la resolución No. 715 CNSC 20212230473261 del 26 de marzo de 2021, emitida en cumplimiento a la orden judicial proferida en segunda instancia por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en el marco de la convocatoria N°433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, reglamentada por el acuerdo no 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- ✓ Las personas que ocupan cargos de Defensor de Familia, código: 2125, grado: 17, que habiendo sido creados con posterioridad a la convocatoria N°433 de 2016, por el decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017, se encuentren ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo.
- ✓ Las personas que ocupan los cargos de Defensor de Familia, código: 2125, grado: 17 que habiendo sido ofertados en la convocatoria No. 433 de 2016 hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de algunas de las causales de retiro del servicio consagrado en el artículo 41 de la ley 909 de 2004 posterior a la fecha de la convocatoria

No. 433 de 2016, así como también a aquellas personas que ocupan los cargos Defensor de Familia, código: 2125, grado: 17 declarados desiertos mediante la resolución No. CNSC20182230162005 del 04 de diciembre de 2018.

- ✓ Las personas que ocupan cargos de Defensor de Familia, código: 2125, grado: 17, bajo la modalidad de encargo o provisionalidad, que estando en vacancia definitiva no fueron ofertados por la convocatoria No 433 de 2016.
- ✓ Las personas que ocupan cargos de Defensor de Familia, código: 2125, grado: 17 que posterior a la fecha de la convocatoria No. 433 de 2016 fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004 y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa.

Para que rindieran un informe sobre los hechos depuestos por la parte accionante.

YEIMY LORENA VERA PEÑA, solicitó la vinculación a este trámite y manifestó su oposición frente a las pretensiones de la accionante, en los siguientes términos: *“...Se nieguen las pretensiones de la acción de tutela por improcedente ya que la accionante no demostró la vulneración de sus derechos fundamentales. Que, el número cargos vacantes para desempeñar el empleo ofertado es de 124, y en ese entendido tienen derecho a ocupar las plazas vacantes los ciudadanos de las primeras posiciones -91 en total- pues en varias de ellas existe un empate en puntuación. En ese orden de ideas, no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental de la parte actora puesto que la misma se encuentra ocupando un puesto dentro de la lista de elegibles que no alcanza el número de vacantes a proveer. Solicitó al Despacho se declare improcedente la acción de tutela toda vez que, reiteró no se ha menoscabado ningún derecho fundamental que se encuentre en cabeza de la señora YAHIEL CHAPARRO RONDÓN...”*

MILENA JOHANNA MÁRQUEZ REMOLINA, en calidad de vinculada, se pronunció en oposición a las pretensiones indicando: *“...Una vez enterada del trámite de la acción de tutela de la referencia por medio de la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicito respecto de la misma, con todo respeto señora Jueza, se declare improcedente, toda vez que la accionante no ha agotado el procedimiento pertinente y a que hay lugar, como lo es el INCIDENTE DE DESACATO y pretende por medio de una acción de tutela, hacer cumplir el fallo de otra acción de tutela, pues lo que se plantea en dicho trámite ya fue resuelto como lo menciona el mismo accionante en su hechos, el tema de debate fue resuelto por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, producto de esa decisión, se le ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil que conforme una lista unificada para el empleo Defensor de Familia, Grado 17, Código 2125 de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Si bien el accionante ocupó en dicha lista la posición No 125, las vacantes reportadas para cumplir con dicho fallo fueron 124; número de vacantes que deja por fuera de un posible nombramiento al accionante, pues si bien, se debe tener en cuenta también que en varias posiciones del listado referido de la resolución 0715 del 29 de marzo de 2021, existen empates, es decir, para una posición determinada, se encuentran dos y hasta cinco elegibles compartiendo una misma posición...”*

NORMAN DE JESÚS CORREA TABORDA, solicitó la vinculación en este trámite e indicó: *“Solicito que se me vincule con igualdad de derechos de la accionante, ya que existen 240 vacantes definitivas en la entidad accionada, para nombramiento en carrera administrativa. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha venido nombrando en carrera administrativa a funcionarios mucho más alejados en puntaje que el mío; por ejemplo, con la resolución 1930 proferida el 15 de abril del año en curso en la que nombran a defensor de familia al señor Juan José Gonzales Ospina, el cual revisando la lista de elegible ocupa el puesto 255 con un puntaje de 68.31; evidencia aportada por la accionante dentro de la tutela. Adicionalmente se tiene conocimiento de respuesta a derecho de petición por parte de la*

señora Diana Carolina Madrid Zuluaga con fecha 29 de julio del 2020 que instauró ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde solicitaba en que puesto se ubicaba para diciembre de 2020 y a lo cual le respondió la Dirección de Gestión Humana que se ubicaba en el puesto 142 de 240 elegibles con un puntaje de 68,62 por lo que se colige que el suscrito se encuentra en mejor posición de acuerdo al puntaje de 69,04.”

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, informó: “...La Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC, solicita ser desvinculada de la presente acción de tutela, dado que no es la autoridad competente para dar cumplimiento a las pretensiones de la accionante, esto es, nombrar a la accionante en período de prueba en una de las vacantes del empleo de nivel Profesional, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 en el ICBF, pues, es el empleador el llamado a resolver la solicitud de la accionante, teniendo en cuenta que el nominador tiene la competencia para realizar nombramientos y posesiones de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015... Por consiguiente, la responsabilidad que la accionante pretende endilgar a la CNSC mediante la presente acción de tutela para obtener el amparo constitucional de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, pierde todo fundamento cuando se recuerda que lo que hizo la CNSC es cumplir una orden judicial en los términos establecidos por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, no siendo de su resorte el desconocimiento de otras listas de elegibles, pues aquí lo que se pretende inferir es que la CNSC arbitrariamente omitió la inclusión de otras vacantes del empleo de nivel Profesional, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 del ICBF, cuando lo único que hizo fue acatar la orden judicial y expedir una Lista de Elegibles a partir de aquellas que perdieron vigencia el 30 de julio de 2020, tal y como lo dispuso el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, con las 124 vacantes definitivas del referido empleo que fueron reportadas por el ICBF. En todo caso, debe destacar esta CNSC que, la referida orden judicial proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, desconoce la Constitución Política (art. 130), los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, las normas de provisión de empleo, extendiendo de forma indefinida la vigencia de las listas de elegibles vencidas y afecta un nuevo proceso de selección. Así las cosas, si lo que la accionante pretende es, atacar la lista de elegibles proferida en cumplimiento de la orden judicial antes referida, debe acudir ante la jurisdicción competente obtener su propósito y no mediante la acción de tutela debatir su contenido. Ahora en caso de nombramientos, la CNSC no tiene competencia para administrar plantas de personal, es decir, no está facultada para realizar nombramientos, posesiones o desvinculaciones en las entidades que administra y vigila...”

EL JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI, se pronunció sobre los hechos que motivaron la acción de tutela interpuesta por las señoras YORIANA ASTRID PEÑA PARRA y ÁNGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, que fue conocida por dicha agencia, además de ello, señaló que la decisión adoptada por el Tribunal, han sido a gran escala, puesto que se han presentado múltiples casos en donde se ha oficiado y/o notificado a ese Despacho de actuaciones judiciales relacionadas a este trámite, relacionó las veces en que se rindieron informes y señaló que actualmente en el país se han surtido varias acciones e tutela relacionadas, citó la sentencia T081 de 2021 de la Corte Constitucional.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF, sostuvo que: “...La actora trae a colación en el escrito de la acción constitucional, el fallo de tutela (Sentencia T340 de 2020) que solicita al juzgado tener en cuenta como referente para resolver la presente acción constitucional; sin embargo, nos permitimos advertir que lo que se pretende es inducir al Juez en error, toda vez que los supuestos de hecho de la presente acción son diferentes a los supuestos fácticos que fundamentaron aquella tutela, pues mientras en la tutela usada como referente la lista de elegibles se encontraba vigente al momento de la

radicación de la acción, cuestión se configuró en el fundamento principal del Juez para otorgar el amparo, en el caso que actualmente nos convoca la lista de elegibles está vencida desde el 30 de julio de 2020, esto es, con anterioridad a la radicación de la acción de tutela que fue en el mes de junio de 2021... Así, lo primero que debe precisarse es que la excepción de inconstitucionalidad es una atribución exclusiva de los Jueces de la República y, por esta razón, al ICBF -por ser una autoridad administrativa y no judicial- no le es dable inaplicar el Criterio Unificado... De esta manera, el ICBF se encuentra en imposibilidad legal como autoridad administrativa que es, de sustraerse en la aplicación del criterio unificado de la CNSC, sin que medie una decisión judicial. Consecuencia de lo anterior y dado que las decisiones judiciales adoptadas en el marco de una acción de tutela tienen efectos inter partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 el cual señala: “las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto”, carece el Instituto de norma que le permita aplicar con efectos erga omnes los fallos de tutela máxime cuanto en la T-081 de 2021, se advirtió que es una facultad vedada para la Corte Constitucional... al realizar la verificación correspondiente se evidenció que la accionante se encuentra en la Resolución 0715 del 26 de marzo de 2021, en el puesto 125, razón por la cual no le fue comunicada ninguna actuación dentro del proceso, pues se reitera que esta entidad solo cuenta con 124 vacantes y al haber elegibles que ostentan el mismo puesto por empate de puntajes, dichas vacantes resultan ser provistas hasta quien ostenta el puesto 91...”

VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Las accionadas INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, han vulnerado derechos fundamentales al debido proceso administrativo, igualdad, el mérito como principio constitucional para el acceso a los cargos públicos, principio de la confianza legítima y al trabajo de la señora YAHIEL CHAPARRO RONDÓN, al no nombrarla en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, código 2125 grado 17, de preferencia para la regional Atlántico- Barranquilla, o en otra región del país, u otros que se hayan generado de manera definitiva con posterioridad a la referida convocatoria, previa elección de la suscrita, atendiendo la orden impartida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de tutela en segunda instancia, bajo número de radicado 76 001 33 33 008 2020-00117-01, de fecha 17 de septiembre de 2020?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 86, 125 de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991, Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005, Decreto 760 de 2005, Ley 190 de 1995; sentencias, SU-133 de 1998, C-040 de 1995, SU-913 de 2009, SU-446 de 2011, SU-133 de 1998, SU-446 de 2011, entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

DEL PRESUPUESTO DE SUBSIDIARIEDAD

De acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

En reiterados pronunciamientos de la Corte, se ha manifestado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 la Corte precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999¹ y reiterado en la sentencia T-405-2018, al considerar que:

“En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate.”

MARCO PROCEDIMENTAL EN EL QUE SE DESARROLLA EL CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS PARA PROVEER CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de carrera el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público.

Lo que procura el orden jurídico mediante la exigencia de que se aplique el sistema de carrera y no la preferencia caprichosa del nominador en la selección, promoción y salida del personal que trabaja para el Estado, es por una parte la realización del principio constitucional de estabilidad en el empleo, por otra, la escogencia de los mejores servidores, en busca de la excelencia como meta esencial del servicio público, y, desde luego, el señalamiento del mérito como criterio fundamental que oriente a los directivos estatales acerca de la selección de quienes habrán de laborar en dicho servicio en sus distintas escalas².

Así las cosas, se tiene entonces que la carrera administrativa es 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. El sistema de carrera administrativa se rige por los principios de igualdad de oportunidades, selección por mérito, y el alto grado de motivación.

En este sentido, el artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración. Éste consiste en que el Estado debe contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública³. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso

¹ Corte constitucional, Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

² Sentencia SU-133 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

³ Sentencia SU- 446 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

público. En los términos de este artículo: *“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”*

El concurso público de méritos, según la Sentencia SU-133 de 1998:

“...es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado.”

Dada la importancia del concurso público, son de suma importancia las diversas etapas que se deben agotar en él, pues en las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

La sentencia C-040 de 1995, reiterada en la SU-913 de 2009 y en la SU-446 de 2011, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:

1. Convocatoria. Es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (Subrayas fuera de texto).

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la

Página 10 de 16

Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

Respecto al procedimiento que se debe seguir en cada etapa del proceso de concurso público de méritos, el Decreto 1227 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, establece lo siguiente: Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil elaborar y suscribir las convocatorias a concurso, con base en las funciones, los requisitos y el perfil de competencias de los empleos definidos por la entidad que posea las vacantes, de acuerdo con el manual específico de funciones y requisitos⁴.

El aviso de convocatoria se debe publicar con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles a la fecha de iniciación de las inscripciones, en un lugar de fácil acceso al público de la entidad para la cual se realiza el concurso, de la gobernación y de alcaldía respectivas y en las páginas web de las mismas, si las hubiere, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la entidad contratada para la realización del concurso.

Las inscripciones a los concursos se deben efectuar ante las entidades que se hayan contratado para adelantarlos. Dicha inscripción se hará dentro del término previsto en la convocatoria o en el aviso de modificación, si lo hubiere, durante las horas laborales señaladas en la convocatoria que no podrán ser inferiores a cuatro (4) diarias. Con base en el formulario de inscripción y en la documentación aportada, se elaborará la lista de admitidos y no admitidos, indicando en este último caso los motivos de su no admisión.

La lista deberá ser publicada en la página web de la entidad que realiza el concurso y en lugar visible de acceso a ella, en la fecha prevista para el efecto en la convocatoria y permanecerá allí hasta la fecha de aplicación de la primera prueba.

Las pruebas pueden ser orales, escritas, de ejecución, análisis de antecedentes, entrevistas, evaluación final de cursos y otros medios técnicos que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros de calificación previamente determinados. En los concursos se aplicarán mínimo dos pruebas, una de las cuales será escrita o de ejecución, dependiendo de la naturaleza de las funciones de los empleos a proveer. El valor de cada prueba respecto del puntaje total del concurso será determinado en la convocatoria.

Los resultados de cada prueba se consignarán en informes firmados por el responsable de adelantar el proceso de selección o concurso y por el responsable de adelantar cada prueba, los cuales serán publicados, en la medida en que se vayan produciendo, en las páginas web y en carteleras visibles al público de la entidad para la cual se realiza el concurso y de la que lo realiza. Dentro de un término no superior a cinco (5) meses contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria, con base en los resultados del concurso, la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad que adelantó el concurso, elaborará la lista de elegibles para los empleos objeto del concurso. La lista deberá ser divulgada a través de las páginas web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de la entidad para la cual se realizó el concurso y de la entidad que lo realizó, así como en sitios de acceso al público de estas últimas entidades.

El artículo 14 del Decreto 760 de 2005, establece que: *“...dentro de los 5 días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el*

⁴ Artículo 13 del Decreto 1227 de 2005.

proceso de selección o concurso podrá solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos: i) fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria."

Siguiendo con el procedimiento del concurso público de méritos, el Decreto 1227 de 2005, consagra que: "En firme la lista de elegibles, la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles."

La persona no inscrita en la carrera que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba por un término de seis (6) meses.

Aprobada esta etapa del proceso, procede lo establecido en el artículo 18 del Decreto 760 de 2005, en el sentido que: *"producido el nombramiento o el encargo en un empleo de carrera sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para su ejercicio, la autoridad nominadora, realizará una audiencia con el presunto afectado en la cual este podrá ejercer el derecho de defensa y de contradicción. Comprobados los hechos, el nombramiento o el encargo deberá ser revocado."*

Frente a este mismo supuesto, el artículo 5° de la Ley 190 de 1995 consagra que: *"en caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción."*

Por último, el Decreto 1227 de 2005, en su artículo 36 consagra que, aprobado el período de prueba, el empleado adquiere los derechos de carrera administrativa. En palabras de la norma: *"Aprobado dicho período por obtener calificación satisfactoria en el ejercicio de sus funciones, el empleado adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa."*

Si no lo aprueba, una vez en firme la calificación, su nombramiento deberá ser declarado insubsistente por resolución motivada del nominador.

Dentro de este contexto, es indiscutible que la institucionalización e implementación del régimen de carrera busca garantizar la más alta idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado constitucional de Derecho, como el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, contribuyendo a evitar los vicios del clientelismo, favoritismo y el nepotismo, y contribuyendo así mismo a la modernización y racionalización del Estado.

De lo anterior, también se colige que el concurso público de méritos, que inspira el sistema de carrera administrativa, está compuesto por diversas etapas que buscan garantizar los derechos y principios fundamentales que la orientan, por lo que, a las entidades públicas, en todas las fases del proceso, no le es dado variarlas, por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, los derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora YAHIEL CHAPARRO RONDON, en nombre propio, hace uso del presente trámite constitucional de la referencia, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, igualdad, el mérito como principio constitucional para el acceso a los cargos públicos, principio de la confianza legítima y al trabajo.

Lo anterior, en ocasión a que manifiesta que participó en el concurso de méritos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Convocatoria N° 433 de 2016-ICBF, para el cargo de Defensor de Familia grado 17 código 2125 OPEC 34238, quedando en la lista de elegibles; que, posterior a ello se expidió el Decreto 1479 del 04 de septiembre de 2017, norma que creó empleos en la planta de personal de carácter permanente en el ICBF, los cuales, no fueron parte de las vacantes ofertadas por el Acuerdo No 20161000001376 de 05-09- 2016 convocatoria 433 de 2016.

Que, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de tutela de segunda instancia, bajo número de radicado 76 001 33 33 008 2020-00117-01, de fecha 17 de septiembre de 2020, instaurada por las señoras YORIANA ASTRID PEÑA PARRA y ANGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA, ordenó elaborar una lista de elegibles unificada para nombrar en las nuevas plazas creadas, en la que ocupó el puesto 125. Sin embargo, tuvo conocimiento que se llevó a cabo la audiencia de escogencia de cargo, en la que no le dieron el derecho a escoger libremente, y además, solamente se designaron ciento veinticuatro (124) cargos de los 194 reportados, por lo que considera vulnerados sus derechos al no nombrarla en período de prueba en el cargo de Defensor de Familia, código 2125 grado 17, de preferencia para la regional Atlántico- Barranquilla, o en otra región del país, u otros que se hayan generado de manera definitiva con posterioridad a la referida convocatoria, previa elección de la suscrita, atendiendo la orden impartida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de tutela en segunda instancia, bajo número de radicado 76 001 33 33 008 2020-00117-01, de fecha 17 de septiembre de 2020.

Al respecto, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, señaló que no es la autoridad competente para dar cumplimiento a las pretensiones de la accionante, esto es, nombrar a la accionante en período de prueba en una de las vacantes del empleo de nivel Profesional, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 en el ICBF, pues, es el empleador el llamado a resolver la solicitud de la accionante, teniendo en cuenta que el nominador tiene la competencia para realizar nombramientos y posesiones de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015.

Por su parte, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF, informó que al realizar la verificación correspondiente se evidenció que la accionante se encuentra en la Resolución 0715 del 26 de marzo de 2021, en el puesto 125, razón por la cual no le fue comunicada ninguna actuación dentro del proceso, pues se reitera que esta entidad solo cuenta con 124 vacantes y al haber elegibles que ostentan el mismo puesto por empate de puntajes, dichas vacantes resultan ser provistas hasta quien ostenta el puesto 91.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, este despacho estudiará si el caso en concreto supera el requisito de subsidiariedad.

Para ello, se tiene que, la actora pretende que sea nombrada en período de prueba en el cargo de Defensor de Familia, código 2125 grado 17, de preferencia para la regional Atlántico-Barranquilla, o en otra región del país, u otros que se hayan generado de manera definitiva con posterioridad a la referida convocatoria, previa elección de la suscrita, atendiendo la orden impartida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de tutela en segunda instancia, bajo número de radicado 76 001 33 33 008 2020-00117-01, de fecha 17 de septiembre de 2020.

Lo anterior se basa, en la aplicación de manera retrospectiva del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, se proceda a su nombramiento en algunos de los cargos vacantes creados por el Decreto 1479 de 2017.

Así las cosas, es menester analizar, dichas pretensiones teniendo en cuenta dos aristas, la primera de ellas, la aplicación de manera retrospectiva de dicha norma.

La Corte Constitucional, en sentencia reciente T081- 2021, indicó la improcedencia general frente esta pretensión, teniendo en cuenta que, la jurisprudencia constitucional, de modo reiterado, ha dispuesto que la acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones.

Por supuesto, esta regla tiene por objeto evitar que aquellos mecanismos sean sustituidos por se por este medio célere e informal. En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción, salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio.

Así, prima facie, el Tribunal ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio. Sin embargo, siguiendo lo advertido en el párrafo anterior, puede que, en algunos supuestos, a la luz de las circunstancias particulares ofrecidas en el caso, se advierta que este medio judicial no es idóneo ni eficaz. Escenario en el que la acción de tutela devendrá procedente.

Así, textualmente, consideró:

“...Específicamente, en lo que se refiere al Criterio Unificado referido, la Sala entiende que aquel no era simplemente un concepto, en tanto contenía una decisión propiamente dicha sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en convocatorias aprobadas con anterioridad a la misma. En ese sentido, tuvo efectos jurídicos que afectaban, directamente, a un grupo determinado de personas que esperaban la aplicación retrospectiva de esa norma a efectos de acceder a los cargos creados en el Decreto 1479 de 2017. Sobre el particular, es necesario resaltar que esta Corporación, en anteriores oportunidades, se ha referido a la diferencia que existe entre un acto administrativo y un concepto de la administración. La Sentencia C-542 de 2005, parafraseando lo contenido en la Sentencia C-487 de 1996, señaló que:

“El acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generan deberes u obligaciones ni otorgan derechos. En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo. // (...) Cuando el concepto emitido por la Administración se relaciona con tal actividad autorreguladora, entonces, dice la Corte, "se impone su exigencia a terceros." En esta línea de argumentación, tales conceptos bien podrían considerarse como actos administrativos con los efectos jurídicos que todo acto administrativo trae consigo. Este acto administrativo según la Corte, ostentaría una naturaleza "igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio".

Teniendo claras estas diferencias, la Sala reitera que el denominado Criterio Unificado es un verdadero acto administrativo y, por ello, podía ser atacado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto porque, como ya se dijo, tuvo consecuencias jurídicas y afectó los intereses de un grupo específico. Además, toda vez que fue proferido por la Sala Plena de Comisionados, en ejercicio de sus funciones legales, previstas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004[101], su seguimiento era imperativo y no facultativo. Esto es, no existía la opción de no acogerlo o de ir en contra de lo allí establecido.

De lo anterior, no cabe duda que ambas manifestaciones constituían propiamente actos administrativos de carácter general y abstracto, susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa a efectos de que se declarara su nulidad en los términos del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011.

La condición de procedencia de esas medidas está contenida en el primer inciso del artículo 231 de la misma norma, según el cual “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud” ...”

De ello se extrae, que esta sentencia, es completamente relevante para el caso en concreto, puesto que existe identidad de hechos y pretensiones, por lo cual es un precedente del cual no se puede separar este despacho judicial.

De otro lado, y en gracia de discusión, la actora sostiene que se dé cumplimiento a la providencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en primer lugar se tiene que en la sentencia T 843 de 2009, la Corte Constitucional reiteró que “(...) los efectos de la decisión del juez de tutela nunca son erga omnes; en todos los casos, aun en aquellos en que la decisión de tutela rebasa los efectos estrictamente inter partes del proceso, éste se traba entre una persona o personas que denuncian la vulneración de sus derechos fundamentales, y otra u otras a quien o a quienes se imputa dicha violación...”

No obstante, en el caso en comento, la entidad ICBF, enunció que los cargos disponibles fueron 124, de los que se empezó el proceso de nombramiento y posesión de las personas que ocupaban los primeros 91 puestos (teniendo en cuenta que algunos de ellos se encontraban en empate) y que la actora no se encuentra dentro de ese rango de aspirantes.

Por lo expuesto, este despacho judicial, da cuenta que esta acción constitucional, no supera el requisito de subsidiariedad, toda vez que la actora, puede acudir a la jurisdicción contenciosa para controvertir los actos administrativos que estime contrario a derecho.

De igual manera, la Corte Constitucional también ha establecido como excepción al principio de subsidiariedad cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta diversos factores y cada caso en concreto según se manifestó en líneas anteriores, sin embargo, en el presente caso no se evidencia que se esté enfrente de este, pues el actor, no se encuentra en estado de vulnerabilidad, ni debilidad manifiesta, ni su cónyuge acredita ser un sujeto de especial protección constitucional o que su capacidad laboral se encuentra disminuida, ni se encuentra demostrado que las vías ordinarias establecidas no sean idóneas ni eficaces para este caso en concreto.

Otro argumento de apoyo a la declaratoria de improcedencia se contrae a la decisión contenida en la sentencia T- 081-2021 M. P. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR, emitida el 6 de abril de 2021, que ordenó lo siguiente:

Fundado en la improcedencia de la pretensión de nombramiento “*de manera provisional*” en el cargo de DEFENSORA DE FAMILIA, cargo que persigue por medio de la tutela en el ICBF, se advierte que la entidad es autónoma para designación de la planta de personal, De allí que no exista fundamento constitucional, ni legal, para que se disponga orden sustitutiva de la función nominadora de la entidad accionada.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

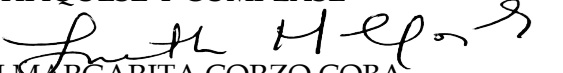
Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se declarará la improcedencia del mecanismo constitucional, al no superarse el requisito de subsidiariedad, residualidad, por existir medios de defensa idóneos y eficaces ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la presente acción constitucional, impetrada por la señora YAHIEL CHAPARRO RONDÓN, en nombre propio, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF Y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
3. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA