

Bogotá D.C., 23 de octubre de 2018.

SENTENCIA DE TUTELA No. 136

Accionada: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO - MINCIT

Accionante: ERIKA LILIANA HERNÁNDEZ TOLOZA

Derechos Invocados: Acceso a cargos públicos, Igualdad, obtener una remuneración mínima, vital y móvil.

Radicado: 110013335-017-2018-00386-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por la señora ERIKA LILIANA HERNÁNDEZ TOLOZA, en nombre propio, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, 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 ERIKA LILIANA HERNÁNDEZ TOLOZA instauró acción de tutela para efectos de que el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO realice las actuaciones pendientes para su nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 15, conforme con la lista de elegibles conformada con Resolución No. CNSC – 20182120117395 de 16 de agosto de 2018, la cual se encuentra en firme.

Participó en la Convocatoria No. 428 de 2016 de la CNSC para el cargo de Profesional Especializado Código 2028, Grado 15 del MINCIT superando todas las pruebas y etapas del concurso de méritos, por lo que se encuentra en primer lugar de la lista para proveer una vacante.

La Resolución CNSC – 20182120117395 de 16 de agosto de 2018 contiene la lista de elegibles, que fue publicada el 17 de agosto de 2018 y quedó en firme desde el 27 de agosto de 2018.

A partir del 27 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.

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 solicita que con respeto de la autonomía judicial se tenga en cuenta que diferentes jueces constitucionales han amparado los derechos fundamentales de los accionantes al encontrar acreditada la existencia de una lista de elegibles en firme que genera derechos adquiridos.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN.

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** rindió el informe requerido, folios 65 a 73, 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.º 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 43114 (Profesional) del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, Convocatoria 428 de 2016 y mediante la Resolución 20182120117395 del 16 de agosto de 2018 se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo a que se inscribió la accionante, en la que ocupó la posición 1.

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 al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

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 MINCIT.

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 conclusión la lista de elegibles a la que hace referencia la accionante se encuentra en firme, motivo por el cual cuenta con un derecho cierto y adquirido a ser nombrada y posesionada en el empleo por el que participó, en consecuencia existe la obligación por parte de la entidad (MINCIT) para proceder con el nombramiento correspondiente de los elegibles.

2) El MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO – MINCIT, folios 55 a 58, se refiere a los antecedentes de la Convocatoria y señala que el 17 de agosto la Comisión Nacional del Servicio Civil publicó 91 listas de elegibles para proveer 105 empleos, la cuales quedaron en firme el 24 de agosto, advirtiéndole que la Convocatoria 428 de 2016, si bien cuenta con algunas listas de elegibles en firme, esto no implica que hayan terminado la actuaciones administrativas establecidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Como se puede apreciar, la persona ganadora por mérito, si bien conforma una lista de elegibles aún no ha superado su periodo de prueba para poder estar inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa, a cargo de la CNSC, por tal razón y al no haberse culminado las etapas dentro del proceso de selección es pertinente acatar la medida cautelar de suspensión provisional de las entidades descritas en el auto interlocutorio proferido el 6 de septiembre de 2018, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso 11001-03-25-000-2018-00368-00.

Finalmente, solicita declarar improcedente el amparo de los derechos invocados y absolver al Ministerio de las pretensiones elevadas por la accionante a través de este medio.

3) Tercero interesado – Hiliana Socorro Mazorra Gómez

Informa que a la fecha se encuentra desempeñando el cargo de Profesional Especializado, código 2008, grado 15 en calidad de encargo y no presenta objeción, ni oposición alguna a las pretensiones de la demandante.

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 la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO (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) Subsidiariedad¹

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 2012²**, 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.

Posteriormente, en las **sentencias T-373³ y T-630 de 2015⁴**, 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**

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.

³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

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 harían 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 invocado⁶.

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 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

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.

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 2009¹⁰, 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 particular¹¹.”

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.

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.

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.

¹³ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

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 fundamental¹⁵. 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.

No obstante, 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 de juicio para fallar un asunto sometido a su consideración con el fin de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales.

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.

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 jurisprudencia²²

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.

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*

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.

*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 específicos²⁴:

(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 aspirantes²⁵.

(ii) *Conceptual*: refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un principio constitucional que cumple el doble objetivo de²⁶: 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 aspirantes²⁷.

(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 constitucional²⁸.

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 específicos²⁹:

(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 transparencia³⁰. Bajo ese entendido, se busca 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.

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 inexecutable el Acto Legislativo 1º 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.

(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 cargo³¹. 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 fines³³. 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 ley³⁴.

(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 periodo 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 públicos³⁶.

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

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 5º, artículo 125 de la Constitución Política.

³⁶ Corte Constitucional Sentencia SU-556 de 2014.

sistema de carrera, tienen una expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales³⁷.

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 Estado³⁹. 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 empleado⁴¹, en tanto existen circunstancias constitucionalmente aceptadas que permiten su desvinculación válida de la carrera⁴². 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 interrelacionados⁴³: (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 Estado⁴⁴. Sobre el particular, ha dicho esta Corporación:

"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

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.

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 elegibles⁴⁶

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 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*

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.

*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 puntaje⁴⁸. 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 afectado⁵¹; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales. En efecto, una vez ha 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

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.

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) 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 Ministerio 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. 8-14).

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. 16), 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 “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.º de junio de 2017), hasta que se profiera sentencia (...)” Subrayado fuera de texto.

⁵² Ibidem.

Recientemente, por auto del 1º de octubre de 2018, en el cual se resolvió una aclaración del anterior auto en las consideraciones 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. 24 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 realicen las actuaciones pendientes para su nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15 del Sistema General de Carrera del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo conforme la lista de elegibles conformada en la Resolución CNSC 20182120117395 del 16 de agosto de 2018.

Por su parte el MINCIT orienta sus argumentaciones en señalar que el Acuerdo 20161000001296 del 2016 fue legalmente expedido y si bien las listas de elegibles se encontraban en firme, al no haberse culminado aun las etapas administrativas dentro del proceso de selección de la Convocatoria 428 de 2016, es pertinente acatar la medida cautelar de suspensión provisional decretada dentro del medio de control de simple nulidad promovido contra el acuerdo citado, dentro del radicado No.11001032500020180036800 con ponencia del Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

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 según el Acuerdo CNSC - 20161000001296 del 29-07-2016 artículo 10º modificado por los artículos 1º y 6º del Acuerdo No 20171000000086 del 01 de junio 2017 y el artículo 4º del Acuerdo No. 20171000000096 del 14 de junio de 2017, se abrió concurso para proveer 105 empleos vacantes del MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO dentro de los cuales se encuentra el cargo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 7⁵³.

Mediante Resolución No. CNSC – 20182120117395 del 16 de agosto de 2018 se conformó la lista de elegibles para el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15 de la Planta del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en la cual la accionante ERIKA LILIANA HERNÁNDEZ TOLOZA se encuentra en la posición 1 (f. 29 a 29). La lista anterior adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, fl. 70.

Inicialmente, el 23 de agosto de 2018, el Consejo de Estado, en el Radicado 11001-0325-000-2017-00326-00 ordenó a la CNASC suspender provisionalmente la actuación administrativa que se encontraba adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto por la Convocatoria 428 de 2016, 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 en la que se precisó: “...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

⁵³ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/opec-428-de-2016-primer-grupo-de-entidades-del-orden-nacional>

se profiera sentencia." (fl.133), en tanto la demanda estaba circunscrita tan solo a la nulidad del acto de convocatoria 428 de 2016 respecto del Ministerio de Trabajo, era sólo sobre ésta entidad que operaba la medida de suspensión provisional, y no se encontraban inmersas ninguna de las demás entidades parte de la convocatoria, entre las cuales está el MINCIT.

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 el trámite del concurso, entre otras, para la entidad aquí demandada.

No obstante, para la fecha de expedición de la providencia, 6 de septiembre de 2018, la lista de elegibles en la cual el accionante ocupa el primer lugar en el cargo de Profesional Especializado, código 2028, Grado 15 ya se encontraba en firme desde el 27 de agosto de 2018, de acuerdo con el anexo aportado por la apoderada de la Comisión Nacional del Servicio Civil (f. 70).

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.

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 esta el primer 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.

Finalmente, nada se dirá respecto de quien ocupa en encargo el cargo sobre el cual versa la presente acción, señora Hiliana Socorro Mazorra Gómez, en tanto ostenta un cargo en propiedad y además manifiesta que no tiene objeción, ni oposición alguna frente al nombramiento en carrera de la aquí accionante.

Las anteriores razones le permiten concluir al Despacho, que en el presente caso es procedente acceder al amparo pretendido por la señora ERIKA LILIANA HERNÁNDEZ TOLOZA.

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 el accionante señora ERIKA LILIANA HERNÁNDEZ TOLOZA, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO 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 primer lugar a menos que ello

conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales para los sujetos de especial condición constitucional, si ello ocurre.

TERCERO.- NOTIFICAR a la accionada y a la accionante, 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 el expediente **archívese** dejando las constancias en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

cl.