

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON
FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE FUSAGASUGÁ

SENTENCIA

Proceso	: Acción de Tutela – Primera Instancia.
Radicado	: 25290-3118001-2018-00166-00.
Accionante	: Ricardo Barrero Clavijo.
Accionada	: Ministerio de Salud y Protección Social.
Vinculados	: Comisión Nacional del Servicio Civil e Integrantes Lista de Elegibles Convocatoria 428 OPEC 15636
Derechos invocados	Igualdad, acceso a la carrera administrativa por meritocracia, debido proceso, trabajo en condiciones dignas y confianza legítima.
Decisión	: Concede.

Fusagasugá, octubre ocho (08) de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO

Procede el despacho a proferir el fallo que en derecho corresponde, dentro de la acción de tutela instaurada por **RICARDO BARRERA CLAVIJO** contra el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**.

ANTECEDENTES

El amparo constitucional se presentó por la presunta vulneración de los derechos a la igualdad, acceso a la carrera administrativa por meritocracia, debido proceso, trabajo en condiciones dignas y confianza legítima, el cual se recibió por reparto en este Despacho y admitió el día 25 de septiembre de 2018, vinculando a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, y a los **TERCEROS QUE CONFORMAN LA LISTA DE ELEGIBLES** conformada mediante resolución Nº CNSEC-2018110012355 del 16 de agosto de 2018 dentro de la Convocatoria 428 de 2016 OPEC 15636 y demás personas con interés, corriendo traslado a la entidad accionada y la parte vinculad, a fin de que ejercieran el derecho de defensa.¹

1. Hechos²

El actor señala que participó en la Convocatoria Nº 428 de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- a fin de ocupar el cargo de Carrera Administrativa, Profesional Especializado identificado con el código 2028 grado 17 OPEC 15636, siendo ofertada vacante en el Ministerio de Salud y Protección Social, superando todas las pruebas y etapas del concurso, siendo el primero de la lista de elegibles, la cual quedó en firme el pasado 27 de agosto, comunicada a los interesados y a la entidad accionada, y a pesar de vencer el término previsto en la entidad no se ha efectuado aun su nombramiento respecto al empleo referido. Afirma que elevó petición ante la entidad accionada, solicitando se realizará su posesión en periodo de prueba, obteniendo una respuesta “escueta” el 18 de

¹ Folios 59- 63 Cuaderno original de tutela.

² Folios 1 a 15 C.O.

septiembre de 2.018, sin tener en cuenta el que tiene un derecho adquirido al hacer parte de la lista de elegibles y no solo una mera expectativa, consolidándose situación particular en su favor, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional.

Que bien la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad simple rad. 110010325000-2017-00326-00, el 23 de agosto de 2017 ordenó suspender provisionalmente la actuación administrativa concerniente al concurso de méritos de la Convocatoria 428 del 2016 hasta que se profiera sentencia, solo aplica al Ministerio de trabajo, según aclaración realizada por esta Corporación, y en rad. 110010325000-2018-00368-00 el 6 de septiembre, la suspensión operó en lo referente al concurso de méritos, entre otras entidades, del Ministerio de Salud y Protección Social, estas providencias están dirigidas única y exclusivamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, mas no a la entidad nominadora y aplica a las actuaciones futuras mas no a la lista de elegibles que cobró firmeza, autos que no están en firme.

Agrega que en su momento la **CNSC** resolvió la solicitud de exclusiones de la lista de elegibles, impetrada por el Ministerio accionado, reiterando que el acto administrativo a través del cual se integró la misma se encuentra ejecutoriado desde el 28 de agosto, mientras la suspensión de la convocatoria hasta el 30 de agosto de 2018, cuyos efectos son hacia futuro y no afectan los derechos del elegido al cargo.

Indicó que ante la corta vigencia de la lista de elegibles en comparación con el lapso de duración que conllevaría el proceso administrativo resultaba procedente el activar la acción de tutela.

Finalmente precisó que la conducta de la parte accionada distaba de lo dispuesto en la ley, acatado por otras entidades que han procedido al nombramiento y posesión del primero de la lista, y más adelante la calificó como extemporánea al haber elevado solicitud invocando la supuesta vulneración del debido proceso, desconociendo las reglas del concurso de méritos, pues la lista de elegibles fue comunicada el 16 de agosto de 2018, contando con 5 días, esto es, hasta el 24 de agosto a fin de controvertir el acto de su integración, lo cual no hizo en ese lapso.

Luego, reiteró que el Ministerio de Salud y Protección Social continua dilatando su nombramiento ante argumentos jurídicamente inaceptables, cual es que no propuso reclamación alguna en tiempo, y dándole un alcance equivocado a lo dispuesto por el Consejo de Estado.³

2. Pretensiones

Solicita se amparen sus derechos fundamentales y ordenar al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, realice las actuaciones pendientes para su nombramiento y posesión en período de prueba en el cargo de profesional especializado código 2018 grado 17 OPEC 15636, conforme a la lista de elegibles conformada en Resolución No. CNSC-20182110112355 del 16 de agosto de 2018, la cual se encuentra en firme.

³ Folios 110 a 112 *ibidem*.

conformada en Resolución No. CNSC-20182110112355 del 16 de agosto de 2018, la cual se encuentra en firme.

3. Contestación de la demanda de tutela

3.1. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.⁴

Emitió contestación, asegurando que el 16 de agosto de 2018 la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL comunicó a ese Ministerio bajo radicado 20182120455201 las lista de elegibles con anotación que hasta el 27 de agosto del año en curso, la Comisión de Personal de la entidad podría verificar los documentos de los aspirantes en posición de elegibilidad, luego respecto a otros cargos con vencimiento el día 29 del mismo mes y año, sin embargo a partir del 28 de agosto no pudo acceder al sistema SIMO de la citada comisión, viéndose comprometidos los derechos del Ministerio.

Que mediante comunicación de 28 de agosto de 2018, radicada en ese Ministerio el 30 de agosto siguiente, la CNSC informa la firmeza de 211 listas de elegibles a partir del 27 de agosto, y señala que en referencia a los empleos publicados el 22 de agosto de 2018 esta quedaba suspendida en virtud del auto proferido por el Consejo de Estado el 22 de agosto de 2018, notificado por estado el 27 del mismo mes y año, siendo esta época el último día hábil que tenía la Comisión de Personal de ese Ministerio para pronunciarse sobre la exclusión o no de aspirantes de la lista de elegibles, configurándose en su parecer una violación al debido proceso, y luego la citada Corporación el 6 de septiembre decretó la mencionada suspensión en cuanto a varias entidades del orden nacional, entre ellas el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

Mediante comunicación del 10 de septiembre la CNSC informó a ese Ministerio que para los 17 empleos pendientes procedió a la publicación de la firmeza siguiendo el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005, ordenando que en estricto orden de mérito, se produjera el nombramiento en período de prueba de los elegibles que forman parte de las listas mencionadas.

Manifiesta que el 12 de septiembre de 2018, solicitó a la Comisión dejar sin efecto la lista de elegibles de la Convocatoria 428 de 2018, al considerar su firmeza adolece de ilegalidad, sin obtener respuesta.

Con base en lo anterior, alega no es posible realizar el nombramiento en período de prueba del accionante, y aunado el interesado tiene otro mecanismo de defensa judicial para obtener lo pretendido

3.2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.⁵

Afirmó la entidad vinculada que en uso de sus competencias constitucionales y legales, adelantó el concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas de la planta de personal de 18 entidades del orden nacional, identificado como "Convocatoria N° 428 de 2016", expidiéndose el Acuerdo No. 20161000001296 del 29 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos 2017100000086 del 1 de

⁴ Folios 63-68 del cuaderno original

⁵ Folios 99-104 ibídem

julio de 2017 y N°. 2017100000096 del 14 de junio de 2017, estableciendo los lineamientos y parámetros de aquella, bajo ciertos pasos: 1.- Convocatoria y Divulgación 2.- Inscripciones 3.- Verificación de requisitos mínimos 4.- Aplicación de pruebas 4.1 Pruebas sobre Competencias Básicas y Funcionales 4.2 Pruebas sobre Competencias Comportamentales 4.3 Valoración de antecedentes **5.- Conformación de lista de elegibles 5.- Periodo de Prueba.** (Resaltado del texto original).

Advero que la lista de elegibles en referencia al cargo en el cual participó el accionante cobró firmeza en 17 de agosto del presente año, y por ende los autos proferidos por el Honorable Consejo de Estado, tengan aplicabilidad al caso particular, debiendo atenderse lo previsto en la ley procediendo el Ministerio accionado a realizar el nombramiento del accionante-Decreto 1083 de 2.015-, al igual que el criterio unificado expedido por la entidad el 11 de septiembre de 2018 en cuanto a que todas las listas de elegibles ejecutoriadas con anterioridad a la notificación de una medida cautelar de suspensión provisional, respecto a la competencia de la CNSC, constituyen para los elegibles un derecho consolidado y subjetivo a ser nombrados en período de prueba, pues el acto de conformación de la lista surte efecto inmediato y directo frente a su destinatario, por lo que el Ministerio no puede apartarse de las normas que rigen la convocatoria, siendo esta expresión del principio de legalidad.

Así mismo como respuesta a requerimiento efectuado por este Despacho, la Comisión indica que dio contestación mediante oficio No. 201821205258212 del 20 de septiembre del año en curso, a la solicitud del Ministerio accionado elevada el 30 de agosto de 2.018, en la siguiente forma “*(..)se colige que todas las listas de elegibles que cobren firmeza con anterioridad a la notificación de una medida cautelar de suspensión provisional, respecto a la competencia de la CNSC, constituyen para los elegibles en posición de mérito, un derecho consolidado y subjetivo a ser nombrados en período de prueba, dado que el acto de conformación de la lista de elegibles surte un efecto inmediato, directo y subjetivo frente al destinatario*”.- “En consecuencia, bajo los anteriores supuestos corresponde a las entidades que hacen parte de Una Convocatoria y que cuenten con lista de elegibles en firme *nombrar en estricto orden y en período de prueba a los elegibles que culminaron satisfactoriamente el proceso de selección, en aplicación del derecho de acceso a cargos públicos, el principio constitucional de mérito y el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015*”⁶, (Subrayado del texto original).

Ahora bien, respecto al escrito impetrado en el sentido de dejar sin efecto la lista de elegibles de la Convocatoria No. 428 de 2016, refiere se arrimó el 13 de septiembre de 2018, y por ende se encuentra en término aún para dar respuesta al mismo.

4. Pruebas

Obran en el expediente:

- Escrito de tutela.⁷
- Copia de la Cédula de Ciudadanía del accionante.⁸
- Copia de la resolución No. CNSC2018211012356 del 16 de agosto de 2018, por la cual se conforma la lista de elegibles donde el accionante ocupó el primer lugar con puntaje de 70.25.⁹

⁶ Folios 152-153 C.O

⁷ Folio 1-15 C.O.

⁸ Folio 16 C.O.

⁹ Folios 17-19 ibidem.

- Sentencia de tutela del 15 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado 22 Administrativo de Oralidad de Bogotá dentro del proceso 110013334022220180016900 en la que ordena al Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE nombrar y posesionar al señor Darío Correa Sánchez.¹⁰
- Copia de la resolución No. 1330 del 18 de mayo de 2018 emitida por el Director del Departamento Nacional de Estadística -DANE- ordenando continuar el trámite de nombramiento y posesión en período de prueba.¹¹
- Pantallazo Consulta de Proceso en la página de la Rama Judicial del 21 de septiembre de 2018, de los Juzgados Administrativos de Manizales donde aparece como demandante Cristian Camilo Muñoz Patiño en contra de la Contaduría General de la Nación.¹²
- Sentencia de tutela del 17 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Oralidad de Valledupar –Cesar- donde se ordenó al INVIMA, dentro de la Convocatoria 428 de 2016 de las Entidades del Orden Nacional, proceda a realizar los nombramientos en período de prueba de quienes conforman la lista de elegibles de empleo de carrera código OPEC 41965¹³
- Derecho de petición presentado por el accionante ante el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** del 10 de septiembre de 2018 bajo el radicado 2018424401381622.¹⁴
- Respuesta emitida al accionante por parte del **MINISTERIO DE TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL** del 27 de agosto de 2018.¹⁵
- Respuestas de las entidades accionada y vinculada junto a sus anexos.
- Copia de autos emitidos por el Consejo de Estado dentro de los radicados 110010325000201710032600 y 11001032500020180036800, calendados del 23 de agosto, 6 y 18 de septiembre y 1 de octubre de 2.018, referente a la suspensión provisional de la actuación administrativa que se está adelantando en cuanto a la convocatoria N° 428 de 2.016.¹⁶

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Juzgado es competente para decidir sobre la acción de tutela instaurada, de conformidad con lo establecido en los artículo 86 C.Po., y 37 del Decreto 2591 de 1991, al ser este municipio el lugar en el que tiene efectos la presunta trasgresión que motiva la solicitud.

Igualmente se observaron las reglas de reparto frente a lo contenido en el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1983 de noviembre 30 de 2.017, ya que la accionada **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** organismo del sector central de la administración pública nacional, pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional.¹⁷

¹⁰ Folios 20-30 21 *ibidem*.

¹¹ Folios 31-33 *ibidem*.

¹² Folio 34 *ibidem*,

¹³ Folios 35-46 C.O

¹⁴ Folio 47-51 C.O

¹⁵ Folios 56-57 *ibidem*.

¹⁶ Folios 73 a 92 y 122 a 139 *ibidem*.

¹⁷ <http://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/7852997/Sector+Salud.pdf/bb690f83-c47a-43d8-8225-0fb43424f561?download=true>

2. Problema jurídico

Determinar si es procedente el amparo constitucional interpuesto por el señor **RICARDO BARRERO CLAVIJO** en contra del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** a fin de ordenar a esta entidad, proceda al nombramiento en período de prueba del prenombrado en el cargo de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO** Código 2018 grado 17 de dicho Ministerio, OPEC 15636, al ser el primero de la lista de elegibles, conformada mediante Resolución No. CNSC-20182110112365 del 16 de agosto de 2018, respecto a la Convocatoria N° 428 de 2.016.

De darse por cumplido el principio de subsidiariedad, se ha de establecer, si se advierte la vulneración de los derechos al acceso a cargos públicos, igualdad, trabajo, debido proceso y confianza, por parte del Ministerio accionado frente a lo que le compete legalmente y según el procedimiento de la citada convocatoria, trámite preestablecido a través del Acuerdo Rector 20161000001296 del 29 de julio de 2.016 y sus modificaciones.

Igualmente de manera asociada, surge necesario el verificar si las providencias por medio de las cuales el Consejo de Estado ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como medida cautelar, suspender provisionalmente la actuación administrativa que está adelantando con ocasión del concurso de méritos abierto en relación a algunas de las entidades que hacen parte de la Convocatoria N° 428 de 2.016 tiene efectos jurídicos en cuanto a la lista de elegibles en firme que integra el actor.

3. Tesis del despacho

A pesar de ser la acción de tutela de carácter subsidiario, ante la situación del accionante de cara al concurso de méritos, al hacer parte de la lista de elegibles del cargo en el cual participó, siendo el primero de la misma, encontrándose esta en firme, cualquier otro medio de defensa judicial no resulta idóneo y eficaz para conjurar la alegada vulneración ante el tiempo que ello demandaría y el término de vigencia de la lista, sumado a los derechos fundamentales que se ven comprometidos.

Superado este estadio, se denota que el Ministerio accionado se apartó del deber que le correspondía en cuanto al nombramiento del interesado, sin presentar objeción dentro del plazo concedido para ello, y aunado las decisiones que se han tomado por el Consejo de Estado se circunscriben a la actuación a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, sin haberse suspendido el Acuerdo Rector que rige la convocatoria, sino la actuación derivada de este teniendo como única destinataria la citada Comisión, sin que se haya extendido los efectos jurídicos de la medida cautelar a las entidades nominadoras ni especificado el que afectan los derechos subjetivos y consolidados de quienes hacen parte de la lista de elegibles en firme, las cuales como este asunto, cobraron ejecutoria, previo a la notificación de la decisión judicial, por ende se han de amparar los derechos fundamentales del accionante.

En la resolución de este asunto, se abordara los aspectos atinentes a (i) procedibilidad de la acción de tutela; (ii) acceso a cargos públicos-concurso de méritos-lista de elegibles-; (iii) Procedencia excepcional del amparo de tutela

frente a determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos; (iv) conceptualización de los derechos fundamentales relevantes; y (v) del caso concreto.

i) Procedibilidad de la Acción de Tutela

Antes de iniciar el estudio de fondo se hace necesario poner de presente el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

Legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, dan cuenta que toda persona puede ejercer el recurso de amparo, pudiendo impetrarse, así: "(i) en forma directa, (ii) por intermedio de un representante legal (caso de los menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas), (iii) mediante apoderado judicial (abogado titulado con poder o mandato expreso) o (iv) a través de agente oficioso (cuando el titular del derecho no está en condiciones de promover su propia defensa)".¹⁸

La acción de tutela fue interpuesta por **RICARDO BARRERO CLAVIJO**, quien actúa en nombre propio, en procura de obtener el amparo de sus derechos fundamentales,¹⁹ por lo cual le asiste legitimación para reclamar la protección constitucional.

Legitimación por pasiva

El artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 refiere que la acción de tutela "se dirigirá contra la autoridad pública o el representante de la entidad, que presuntamente vulneró o amenazó los derechos fundamentales".

Bajo ese entendido fue citada como extremo pasivo el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, en cuya gestión está a cargo el proceso de nombramiento en periodo de prueba, de acuerdo a la lista de elegibles emitida por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, para el cargo profesional OPEC 15636 de la Convocatoria 428 de 2016.

Inmediatz

Implica que la acción de tutela sea promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de la situación que se alega afectó los derechos fundamentales, con ello se evita que el transcurso del tiempo desvirtúe su transgresión o amenaza.

Funda la controversia el accionante en que pese a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles de la Convocatoria Nº 428 de 2016 cargo OPEC 15636, vacante del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y a que está se encuentra en firme y fue comunicada a la entidad accionada desde el 28 de agosto de 2.018, para que dispusiera el nombramiento y posesión en periodo de prueba del actor dentro de los diez días sin haberlo hecho, lo que lleva a concluir que es razonable el tiempo empleado y se cumple tal condición de procedibilidad.

¹⁸ Sentencia T-776 de 2011 Corte Constitucional.

¹⁹ Folio 1 del cuaderno original

Subsidiariedad

La acción de tutela es de naturaleza residual, es decir, que sólo procede en cuanto el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial a menos que se intente como transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio de defensa consagrado en el ordenamiento jurídico sea ineficaz para lograr el restablecimiento del derecho conculado.

En el caso en estudio, se anuncia que aunque existe otro mecanismo para que el interesado exija los derechos pretendidos como el acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, este no resulta idóneo y eficaz, al estar ante un derecho consolidado, cual es la lista de elegibles, siendo el primero de la misma, y sumado un perjuicio irremediable, ya que ante la vigencia de la citada lista y la duración del proceso de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho, se ven seriamente comprometidos los derechos del accionante, y en concreto esta acción es la adecuada en aras de restablecer el debido proceso.

ii) Acceso a cargos públicos-concurso de méritos-lista de elegibles-

El ingreso a ocupar un cargo público está circunscrito en principio al mérito, expresado en la convocatorias y concursos que se efectúan para seleccionar a quienes tienen las mejores capacidades, idoneidad y competencias en referencia a la oferta requerida, cuyo proceso se caracteriza por ser objetivo e imparcial, y estar al acceso de toda persona que cumpla los requisitos para aspirar al mismo.

El ordenamiento jurídico ha dado cuenta de ello, como se observa en el artículo 125 de la Constitución Política, que señala:

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

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

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

En el mismo sentido la Ley 909 de 2004²⁰ prevé dentro de los principios que orientan el ejercicio de empleo público:

"Artículo 2º. Principios de la función pública.

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán

²⁰ "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.”

Y en referencia a la entidad encargada de adelantar el procedimiento de selección y elección de quienes han de ingresar a sistema de carrera administrativa, es la Comisión Nacional del Servicio Civil, se precisa:

Artículo 7º. Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

*Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de **objetividad, independencia e imparcialidad.** (...)” (Resaltado ajeno al texto original).*

La actuación que se ha de llevar a cabo por la citada Comisión debe estar revestida de parámetros o reglas que orientan la realización de todo concurso de méritos, contenidas en la convocatoria, a cuyas directrices han de someterse tanto la administración como los participantes, la cual garantiza el respeto del debido proceso, transparencia e igualdad en el proceso de selección.

La alta Corporación, advero:

“El concurso público ha sido el mecanismo establecido por la Carta Política para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva²¹, haga prevalecer al mérito como el criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público. Su finalidad es que se evalúen las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo²². (Resaltado por el Despacho)

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso²³, lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (la evaluación y la conformación de la lista de elegibles) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal²⁴. Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

²¹ Cfr. Sentencia SU-133 de 1998: “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”.

²² Cfr. Sentencia T-536 de 2010.

²³ Cfr. Sentencia T-514 de 2001: “el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos”.

²⁴ Cfr. Sentencia T-090 de 2013. En esa providencia se refirió que de acuerdo con la Sentencia C-040 de 1995, reiterada en la Sentencia SU-913 de 2009, las etapas que en general deben surtirse para acceder a cualquier cargo de carrera y que, por consiguiente, deben estar consignadas en el acto administrativo de convocatoria, son: “(i) **La convocatoria:** Fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) **Reclutamiento:** En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) **Aplicación de pruebas e instrumentos de selección:** a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo

(i) **Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de los derechos fundamentales.**

(ii) **A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.**

(iii) **Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Si por factores exógenos aquellas varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones de la convocatoria inicial deben ser plenamente conocidas por los participes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa²⁵.**

(iv) **Cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar, detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior que no puede ser desconocido.** (Resaltado por el Despacho)

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe²⁶. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “ley para las partes” que intervienen en él²⁷.

Así las cosas, **la convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública.** Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual **todos los intervenientes en el proceso deben someterse a aquél so pena de trasgredir el orden jurídico imperante.**²⁸ (Negrillas y subrayados del juzgado).

comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física, y (iv) elaboración de lista de elegibles: En esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido". (Negrillas del texto original).

²⁵ Sobre las reglas del concurso que se encuentra en trámite y su concatenación con los principios, la Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2007, al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley núm. 105/06 Senado y 176/06 Cámara, "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la ley 588 de 2000", manifestó que "la regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite. El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (idem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; (...)".

²⁶ Sentencia T-502 de 2010.

²⁷ Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.

²⁸ Sentencia T-180 de 2.015.

iii) Procedencia excepcional del amparo de tutela frente a determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

"El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela."

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral.

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Sobre el particular, en la **Sentencia SU-913 de 2009** se determinó que: *"en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular".* (Resaltado por el Despacho).

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad.

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.²⁹ (Resaltado y cursiva del Despacho).

iv) Conceptualización de los derechos fundamentales relevantes

-Derecho a la Igualdad.

En relación con el derecho a la igualdad la Constitución Política de Colombia estableció en su artículo 13, que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."

Respecto a la provisión de cargos, se indicó en sentencia C-123 de marzo 13 de 2013:

"Así las cosas, el derecho a la igualdad está llamado a presidir tanto la convocatoria dirigida a quienes, teniéndose por aptos, deseen postularse, como el desarrollo del respectivo proceso de selección, porque tratándose de determinar méritos y calidades, los requisitos y condiciones exigidos han de ser los mismos para todos, lo que garantiza que, desde el principio, todas las personas tengan la ocasión "de compartir la misma posibilidad de conseguir un empleo, así luego, por motivos justos, no se obtengan las mismas posiciones o no se logre la aspiración deseada"[10].

De conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional en lo anterior se manifiesta la igualdad de trato y de oportunidades que conduce a asegurar el ingreso al servicio público sin discriminación de ninguna índole, de donde se desprende que ni en la convocatoria ni durante el proceso que se cumpla con los inscritos resulta viable el establecimiento de "requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y la capacidad de los aspirantes", pues, de ser así, se erigirían "barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales".

- Derecho al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

El numeral 7º del artículo 40 de la Constitución Política instituye, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, como una expresión protegida del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. De otro lado el artículo 123 de la norma en mención señala que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

La Corte Constitucional en la mencionada Sentencia C-123, indicó:

"Aunque el acceso a la función pública corresponde a un derecho constitucionalmente garantizado, distintas son las formas dispuestas para escoger a las personas que cumplirán funciones al servicio del Estado. Así, el artículo 125 de la Carta establece la carrera administrativa como regla general tratándose de los empleos en órganos y entidades estatales, pero a continuación exceptúa de ella los cargos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos determinados por la ley" e indica, en su segundo inciso, que "los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la ley, serán nombrados por concurso público".

²⁹ Tomado de Sentencia T-180 del 2015 ya citada con antelación y SU-913 de 2.009.

- Derecho al debido proceso

El debido proceso administrativo se ha entendido como la regulación jurídica que tiene por fin limitar en forma previa los poderes estatales, así que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley.

La Corte Constitucional en Sentencia T-1083 de 2004, acotó:

"(..)El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación. (...)"

-El Principio constitucional de confianza legítima

De acuerdo al artículo 83 de la Carta Magna, *"las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estos"*.

La Corte Constitucional ha dicho:³⁰

"Este principio, que se aplica a todas las relaciones jurídicas, sean estas públicas o privadas, es entendido como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares, entre sí y ante aquellas. En otras palabras, "permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de un determinado nivel de estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener un alto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo".

La Corte ha señalado que como corolario de la máxima de la buena fe se han desarrollado los principios de confianza legítima y de respeto por el acto propio que, aunque íntimamente relacionados, cuentan con identidad propia. Desde sus primeros pronunciamientos la Corte ha sostenido que la confianza legítima se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, "cuando la administración pública ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones". (...) (Resaltado por el Despacho).

v) Del caso concreto

Procede el Despacho a demostrar la tesis propuesta frente al problema jurídico suscitado, en cuanto a que es procedente conceder el amparo invocado por RICARDO BARRERA CLAVIJO, contra el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

Retomando, la parte accionante expuso que se inscribió a la Convocatoria Nº 428 de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNCS- en cuanto al cargo de Profesional Especializado OPEC 15636, plaza ofrecida por el Ministerio de Salud y Protección Social, siendo el primero de la lista de elegibles, la cual quedó en firme el 27 de agosto de 2.018, sin que la entidad citada haya efectuado su nombramiento en el empleo, dilatando el trámite, y cualquier reclamación respecto de esta resulta extemporánea.

³⁰ Sentencia T-311 del 2016

Que si bien aparecen autos proferidos por el Honorable Consejo de Estado dentro de la acción de nulidad simple bajo los radicados 110010325000-2017-00326-00 y 110010325000-2018-00368-00 ordenando la suspensión provisional de la actuación administrativa concerniente al citado concurso de méritos, lo dispuesto tiene como destinataria la Comisión del Servicio Civil y no produce efectos respecto a las listas de elegibles en firme.

En uso de réplica, el **MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL** precisó, en lo relevante, que la Comisión le comunicó la publicación de la lista de elegibles del cargo del actor, dándose por ejecutoriada antes de completarse el término que tenía para controvertirla, el 27 de agosto de 2.018, sin permitírselle desde el día siguiente el acceder al sistema SIMO a fin de efectuar la verificación del cumplimiento de los requisitos de los aspirantes.

Agregó que las decisiones del Consejo de Estado mencionadas en cuanto a la medida cautelar decretada impedían el continuar con el nombramiento del accionante hasta tanto se profiriera sentencia por esa Colegiatura, y que de no estar de acuerdo el interesado con la posición del Ministerio, contaba con otro medio de defensa judicial.

Terminó acotando que solicitó el 12 de septiembre de 2018 a la Comisión el Servicio Civil el dejar sin efecto la lista de elegibles de la Convocatoria 428 de 2018, sin obtener respuesta.

A su turno la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** señaló que la lista de elegibles cobró firmeza, sin que los autos proferidos por el Honorable Consejo de Estado sean aplicables al caso en estudio, pues solo afectan las listas no ejecutoriadas, respecto de lo cual emitió criterio unificado el 11 de septiembre de 2018 pues el acto de conformación de la multicitada lista surte efecto inmediato y directo frente a su destinatario, el cual debe atender el Ministerio de Salud y Protección Social, y luego ante consulta elevada el 30 de agosto de 2.018 por esta entidad, se reiteró ello, teniendo que ceñirse a lo establecido legalmente.

En referencia al escrito impetrado el 13 de septiembre por el Ministerio accionado adujo se encuentra en trámite.

Frente a lo reclamado por el señor **BARRERA CLAVIJO** en esta sede, se advierte que es viable acudir a la acción de tutela, es decir, en punto de obtener su nombramiento en periodo de prueba en el cargo OPEC 15636 de la Convocatoria N° 428 del 2.016, a ocupar en propiedad en el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, ya que a pesar de serle factible insistir ante esta entidad en que se dé un pronunciamiento de fondo sobre el citado nombramiento, al no cumplir tal exigencia la comunicación del 18 de septiembre de 2018³¹ expedida por el Ministerio, y luego tener la posibilidad de activar la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de discutir la negativa de la referida entidad mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o estar a la espera de lo que se decida mediante sentencia lo correspondiente en referencia a las acciones de nulidad simple, estos mecanismos no se ofrecen como idóneos y eficaces en vista de la situación particular en la que se encuentra el accionante.

El tiempo que demandaría la culminación de las citadas vías judiciales, junto al término de vigencia de la lista de elegibles ya en firme, de dos (2) años, segun lo

³¹ Folio 56 y 120 y 121 cuaderno de tutela.

dispuesto en la Ley 909 de 2.004 -art. 31 Nº 4-, el Acuerdo 562 del 5 de enero 2.006,³² y el Acuerdo Rector Nº 20161000001296 del 29 de julio de 2016 -art. 58- que regula la Convocatoria Nº 428, siendo factible que eventualmente durante el trámite mencionado esta venza, y por ende sea desconocido el derecho que ha adquirido como primero de la lista el actor, la prolongación en el tiempo de su afectación, y además ante los otros derechos que se ven comprometidos con la omisión alegada, como es el acceso a ocupar cargos públicos, y los principios del mérito y confianza legítima, derivan en que se ha de dar por superado el presupuesto de subsidiariedad y abre paso el estudio de fondo.

Consta en el expediente, se reitera, que la lista de elegibles en cuanto al cargo al cual se inscribió y participó el accionante se conformó el 16 de agosto de 2.018 mediante resolución Nº 20182110112355 expedida por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, reiterando el plazo de vigencia de esta de dos (2) años³³, y realizó su publicación y comunicación al representante legal del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, esto último se materializó a través de misiva de tal calenda, recibida por el citado Ministerio bajo el radicado 20182120455201, poniéndole de presente que desde el 21 y hasta el 27 de agosto del año en curso, la Comisión de Personal de esa entidad podría verificar los documentos de los aspirantes en posición de elegibilidad en cumplimiento al artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005³⁴, fecha en la cual la lista quedó en firme, así aparece en la página institucional de la Comisión.³⁵

No es de recibo lo argumentado por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** para no llevar a cabo el nombramiento del señor **BARRERO CLAVIJO**.

Primero, sobre que no pudo acceder a partir del 28 de agosto de 2.018 al sistema SIMO y hacer las verificaciones del caso, pues tal como lo indica la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y se observa, el término para pronunciarse frente a la lista de elegibles publicada el 16 agosto de este año, feneció el día 27 del mismo mes, sin que presentara oposición alguna en ese lapso.

Luego elevó consulta, el 30 de agosto, cuando la lista ya había cobrado firmeza, sin ser cierta su afirmación en la respuesta de tutela en referencia a que presentó recurso ni tampoco el que no obtuvo contestación a la citada consulta, pues se evidencia comunicación identificada con el No. 20182120525821, entregada el día 24 de septiembre, donde le informa al Ministerio que en cuanto a las decisiones emitidas por el Consejo de Estado, estás solo afectan las listas que no estuvieran en firme al momento de su notificación, por lo que ha proceder a nombrar en estricto orden y en periodo de prueba a los elegibles que culminaron el proceso de selección en aplicación del Decreto Ley 760 de 2.005, lo cual fue puesto de presente en criterio unificado del 11 de septiembre de 2.018, proferido por la Comisión.³⁶

Segundo, en relación a los efectos jurídicos de los autos emitidos por el Honorable Consejo de Estado, igualmente surge razonable y acorde a la normatividad el atender lo esbozado por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** y descartar la posición del Ministerio de Salud y Protección Social.

³² "Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2.004"

³³ Folios 17 a 19 cuaderno de tutela.

³⁴ Folios 68 a 72 *ibidem*.

³⁵ Folio 55 *ib.*

³⁶ Folios 117 a 119 *ibidem*.

Las decisiones proferidas por la citada Corporación tuvieron como única destinataria en cuanto a la orden impartida, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, mas no a las entidades nominadoras y que tienen a cargo el nombramiento en periodo de prueba de los elegibles; la suspensión provisional versó sobre la actuación administrativa que se encontraba adelantando la Comisión mas no la que es del resorte del Ministerio de Salud y Protección social; no fue objeto de suspensión el Acuerdo rector que definió el marco legal específico de la convocatoria N° 428 de 2.016; y de manera expresa no se ha señalado por el Consejo de Estado que esta medida ha de ser extensiva o pesa sobre las listas de elegibles que están en firme y por ende impiden llevar a cabo el nombramiento en periodo de prueba.

Esa colegiatura en auto del 1 de octubre de 2.018 precisó ante petición de modificación de la medida cautelar tomada el 6 de septiembre de este año, dentro del rad. 11001032500020180036800, tendiente a que la suspensión provisional cobijara las listas de elegibles, lo siguiente: "...y la solicitud de incluir en la medida cautelar los actos administrativos de contenido particular, escapa al objeto del presente asunto, que se adelanta en el medio de control de nulidad simple, pues ello conllevaría a un desconocimiento del principio de congruencia".³⁷

Sumado, en lo atinente al auto inicial de medida cautelar emitido el 23 de agosto de 2.018 en el rad. 11001032500020170032600 se notificó en estado el 27 de agosto, empero solo es aplicable a los cargos ofertados por el Ministerio de Trabajo y no otras entidades, según aclaración del 6 de septiembre, y no se encuentra ejecutoriada.

Entonces, la lista de elegibles en firme origina un derecho subjetivo y consolidado en el accionante que debe respetarse y garantizarse. Valga recabar en lo que la jurisprudencia constitucional ha señalado en cuanto a este tema:³⁸

"Esta Corporación ha sentado en numerosas oportunidades su jurisprudencia en el sentido de que "las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme", y en cuanto a que "aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido". (Resaltado por el Despacho).

Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo; en palabras de la Corporación, la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso –que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones –ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato

³⁷ Folio 136 ib. Consta copia del auto.

³⁸ Sentencia T-156 del 2012

preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado."

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe –Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior”.

La jurisprudencia constitucional también ha aclarado en este sentido que las listas de elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos. (Resaltado por este Despacho)

En desarrollo de esta postura, la Corte ha explicado que los actos administrativos que establecen las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración:

“cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos 'se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo al as' leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...)'. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado. (...)”

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer” (...)" (Resaltado y subrayado ajeno al texto original).

Visto lo anterior este Despacho considera acertados los planteamientos del actor , reiterados por la entidad vinculada, esto es la Comisión Nacional del Servicio Civil -en concreto en criterio unificador del 11 de septiembre y comunicado del día de hoy 8 de octubre de este año-, la cual confirmó que el accionante cumplió a cabalidad los pasos dispuestos en el concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas de planta de personal del Ministerio de Salud y de Protección Social de la “Convocatoria Nº 428 de 2016”, según los parámetros del Acuerdo No. 20161000001296 del 29 de julio de 2016, modificado por los Acuerdos 2017100000086 del 1 de julio de 2017 y No. 2017100000096 del 14 de junio de 2017, que establece como estructura:

- 1.- Convocatoria y Divulgación
- 2.- Inscripciones
- 3.- Verificación de requisitos mínimos
- 4.- Aplicación de pruebas
- 4.1 Pruebas sobre Competencias Básicas y

Funcionales 4.2 Pruebas sobre Competencias Comportamentales 4.3 Valoración de antecedentes 5.- Conformación de lista de elegibles 5.- Periodo de Prueba.

Esta última fase en cuanto al nombramiento del primero de la lista y el inicio del periodo de prueba, está a cargo del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, y a pesar de ser la convocatoria Ley no solo para los aspirantes sino también respecto a esa entidad, y lo dispuesto en la Ley 909 de 2.004 -art. 31 N° 5-, el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2.015³⁹, el artículo 9 del Acuerdo 562 del 5 de enero 2.006,⁴⁰ y el art. 59 del Acuerdo Rector N° 20161000001296 del 29 de julio de 2016, que disponen la obligación de la entidad una vez sea comunicado por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** la lista de elegibles del empleo OPEC 15636 de la Convocatoria N° 428 de 2.016, la cual está en firme, el de proceder al nombramiento en periodo de prueba del primero de la lista, en este asunto, del señor **RICARDO BARRERO CLAVIJO**, no ha actuado en tal sentido, omitiendo lo que es de su resorte.

Así las cosas, la entidad accionada ha desconocido los derechos del accionante, al restringir el acceso legítimo al cargo que aspira y respecto del cual cumplió las etapas respectivas, hasta este instante, del proceso de selección, por lo que se ha de conceder el amparo constitucional invocado.

Sería del caso disponer que el Ministerio realice de manera inmediata el nombramiento del actor, empero previo a ello, se denota que ha de contarse con la decisión sobre solicitud del 13 de septiembre de 2.018 impetrada por esa entidad ante la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** en la que peticiono “dejar sin efectos las listas de elegibles de la Convocatoria N° 428 de 2.016”, facultad prevista en el Decreto 760 de 2.005 -art. 14 y 15-, y respecto de su procedencia, solo le compete ello a la **COMISIÓN** el resolver lo pertinente y no al juez de tutela, siendo trascendente en punto de la orden de amparo, por lo que se ordenara a la entidad lleve a cabo lo de su cargo.

Conclusión

Corolario de los argumentos descritos en precedencia se CONCEDERÁ el amparo constitucional invocado por el señor **RICARDO BARRERA CLAVIJO**, en consecuencia se ordenará a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** decida de fondo y en un término no mayor a diez (10) días sobre la solicitud elevada por el **MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL** tendiente a “dejar sin efectos las listas de elegibles de la Convocatoria N° 428 de 2.016”, radicada el 13 de septiembre de 2.018 ante esa entidad,⁴¹ de lo cual habrá de notificar al accionante y demás interesados de la mencionada lista de elegibles.

Por otro lado, se ha de ordenar al **MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL**, que una vez en firme lo resuelto por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** frente a la citada solicitud, de ser la decisión negativa a lo peticionado, deberá en un término no mayor a cinco (5) días, realizar el nombramiento en período de prueba del accionante como primero de la lista de elegibles en el cargo OPEC 15626, código 2028 de la Convocatoria 428 de 2016, lo cual deberá poner en conocimiento del accionante.

³⁹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

⁴⁰ “Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2.004”

⁴¹ Folios 96 y 97 del cuaderno de tutela. Obra escrito con radicado.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE FUSAGASUGÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional invocado por el señor **RICARDO BARRERA CLAVIJO** identificado con Cédula de Ciudadanía N° 3.111.190 en contra del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** a través de su titular **FRIDOLE BALLENA DUQUE** o quien haga sus veces o corresponda, que de manera inmediata adelante las gestiones administrativas pertinentes, con el objeto que se decida de fondo y en un término no mayor a quince (10) días, contados desde la notificación de la presente sentencia, la solicitud elevada por el **MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL** tendiente a “dejar sin efectos las listas de elegibles de la Convocatoria N° 428 de 2.016”, radicada el 13 de septiembre de 2.018 ante esa entidad,⁴² de lo cual habrá de notificar al accionante y demás interesados de la mencionada lista de elegibles.

TERCERO: ORDENAR al **MINISTERIO DE SALUD y PROTECCIÓN SOCIAL**-, a través del señor Ministro **JUAN PABLO URIBE RESTREPO** o quien haga sus veces o el funcionario(a) y dependencia de esa entidad que corresponda, que una vez en firme lo resuelto por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** frente a la solicitud citada en el numeral anterior de esta providencia, radicada el 13 de septiembre de 2.018, y ser la decisión negativa a lo peticionado, deberá proceder de manera inmediata y en un término no mayor a cinco (5) días, a realizar el nombramiento en período de prueba del señor **RICARDO BARRERO CLAVIJO** identificado con C.C. N° 3.111.190, de acuerdo a la lista de elegibles, siendo el primero que encabeza la misma, comunicada y remitida en su momento por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, en el cargo OPEC 15626, código 2028 de la Convocatoria 428 de 2016, lo cual deberá poner en conocimiento del accionante, debiendo remitir copia de los soportes que acrediten el cumplimiento de lo ordenado.

CUARTO: NOTIFIQUESE este fallo según lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, en específico se **ORDENA** al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** publiquen de manera inmediata lo resuelto en esta providencia en las páginas web institucionales de la entidad y/o a través de cualquier otro medio expedido y eficaz, a fin de enterar a los integrantes de la lista de elegibles y demás interesados, allegando a este despacho constancia de tal labor.

QUINTO: Hágasele saber a las partes e interesados que la presente determinación puede ser impugnada dentro de los tres (3) días contados a partir de su notificación.

⁴² Folios 96 y 97 del cuaderno de tutela. Obra escrito con radicado.

Tutela: N.I. 2018-058 Rad. 25290-3118001-2018-00166-00

Accionante: Ricardo Barrero Clavijo.

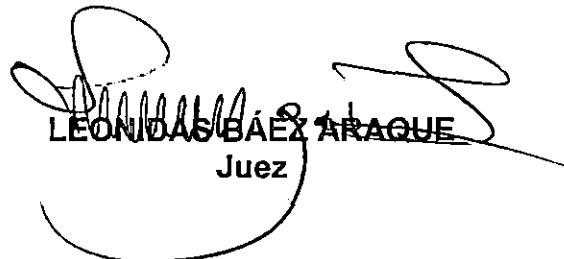
Accionado: Ministerio de Salud y Protección Social.

Vinculados: Comisión Nacional del Servicio Civil e Integrantes Lista de Elegibles Convocatoria 428 Cargo OPEC 15636.

Juzgado 1 Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Fusagasugá

SEXTO: Si no fuere apelada la sentencia, envíese el expediente al día siguiente a través de la secretaría de este juzgado a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, y una vez surtido el citado trámite archívese dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LEONIDAS BAEZ ARAQUE
Juez