

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS EN CONCURSO DE MÉRITOS-
Improcedencia del amparo por incumplir requisito de subsidiariedad

(...), las acciones de tutela son improcedentes como mecanismo para proteger los derechos invocados por las accionantes, puesto que: (i) cuentan con otros medios judiciales; (ii) no se acreditó un perjuicio irremediable con las características de actualidad e inminencia exigidos para ello; (iii) la presunta vulneración del debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos constituyen aspectos que pueden ser válidamente propuestos en las instancias judiciales pertinentes con el restablecimiento del derecho a que haya lugar; y (iv) no se trata de un caso en el que las accionantes se encuentren ante un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta la mera expectativa que les asistía de ser nombradas en los cargos vacantes.

ACCION DE TUTELA Y DEBIDO PROCESO-Obligatoriedad de la debida integración del contradictorio/INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO EN SEDE DE REVISION-Vinculación al trámite de tutela en calidad de tercero interesado

NULIDAD POR INDEBIDA CONFORMACION DEL CONTRADICTORIO-Formas para subsanarla

(...), la nulidad fue saneada como consecuencia del auto del 16 de diciembre de 2021, en virtud del cual se integró debidamente el contradictorio ..., se confirió la oportunidad a todos los vinculados para que se manifestaran y ejercieran sus derechos de defensa y contradicción, y no se planteó ante esta Corporación la solicitud de nulidad del trámite.

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

(...), las acciones de tutela que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en el marco de esta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Esto sin perjuicio de que, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en conocimiento, al juez constitucional evalúe si los mecanismos ordinarios

de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son idóneos para la protección de los derechos fundamentales.

Referencia: Expediente AC T-8.324.391 y T-8.326.535.

Acciones de tutela interpuestas por Yoriana Astrid Peña y Ángela Marcela Rivera contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (T-8.324.391); y Lina María Arango Giraldo contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Alcaldía de Medellín (T-8.326.535).

NATALIA ÁNGEL CABO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar y las magistradas Diana Fajardo Rivera y Natalia Ángel Cabo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

I. SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali y por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, correspondientes al trámite de la acción de amparo constitucional promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña y Ángela Marcela Rivera contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por otra parte, la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Lina María Arango Giraldo contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Alcaldía de Medellín.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda de tutela acumulada

En auto de 17 de septiembre de 2021, la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve, integrada por el magistrado Alejandro Linares Cantillo y la magistrada Gloria Stella Ortiz

Delgado, seleccionó para revisión y a su vez acumuló los expedientes de la referencia. Adicionalmente, determinó que el trámite de revisión se adelantaría con ponencia del despacho de la referencia.

Los casos acumulados corresponden a acciones de tutela presentadas por participantes de concursos públicos de méritos para el acceso a cargos en entidades públicas. En atención al puntaje obtenido en los concursos correspondientes, las accionantes no lograron acceder a las vacantes ofertadas en la convocatoria en la que participaron y solicitan, mediante acción de tutela, ser nombradas en los cargos vacantes que no fueron ofertados en las convocatorias con fundamento en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. Aunque los casos plantean estas circunstancias comunes, presentan algunas particularidades que justifican la presentación independiente de los hechos, los cuales se expondrán a continuación.

2. Hechos relevantes del expediente T-8.324.391

2. Yoriana Astrid Peña y Ángela Marcela Rivera se inscribieron a la convocatoria para optar por una de las 16 vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34702, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, ubicadas en Neiva – Huila.² Sin embargo, de acuerdo con la lista de elegibles publicada por la CNSC mediante la Resolución No. 20182230072735 del 17-07-2018,³ la señora Peña ocupó el puesto 24 y la señora Rivera el 25.

3. Las señoras Peña y Rivera manifestaron que el ICBF efectuó nombramientos en provisionalidad en el cargo de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 en la dependencia C.Z. Neiva 1, inclusive con elegibles de su misma lista,⁴ omitiendo el uso de la lista de elegibles conformada.

4. En virtud de lo anterior, Yoriana Astrid Peña y Ángela Marcela Rivera elevaron de manera individual una petición al ICBF.⁵ Las accionantes solicitaron a la accionada informar, entre otros aspectos, cuántos empleos de carrera administrativa se encontraban en vacancia definitiva y temporal en la denominación Defensor de Familia Código 2125 grado 17 a nivel nacional y en la ciudad de Neiva; cuáles eran los nombramientos provisionales y en período de prueba que se habían realizado para Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 con ubicación geográfica Neiva, Huila, y cuál era el estado de la recomposición de la lista de elegibles establecida en la Resolución No. CNSC – 20182230072735 del 1 de julio de 2018.⁶

Las accionantes concluyeron su petición invocando la protección de los derechos que les habían sido vulnerados y, en consecuencia, solicitaron se expidiera acto administrativo de nombramiento en período de prueba.

5. El ICBF respondió a las accionantes que, el 16 de enero de 2020, la CNSC emitió el criterio unificado uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019. En virtud de ese concepto, según indicó el ICBF, las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.⁷ La entidad también indicó que sólo efectúa los nombramientos previamente autorizados por la CNSC como resultado de las listas de elegibles en estricto orden de mérito.⁸

6. En atención a la respuesta emitida por el ICBF, las señoras Yoriana Astrid Peña y Ángela Marcela Rivera formularon la presente acción de tutela el día 27 de julio de 2020.⁹ Las demandantes indicaron que no obtuvieron una respuesta de fondo a sus planteamientos y, por consiguiente, fueron vulnerados sus derechos fundamentales de petición, al trabajo, a la igualdad, al mérito, al debido proceso y al acceso a cargos públicos.¹⁰ En consecuencia, las accionantes solicitaron ordenar a la CNSC y al ICBF acatar las disposiciones normativas contenidas en la Ley 1960 de 2019. Las tutelantes también solicitaron inaplicar por inconstitucional el Criterio Unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, proferido por la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el 16 de enero de 2020.¹¹ De igual manera, las actoras solicitaron que se ordenara que en el término máximo de tres días hábiles el ICBF verificara en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia y solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil el uso de su lista de elegibles para la provisión de las vacantes Defensor de Familia, Código 2125 Grado 17 disponibles, según el orden de mérito de esta.¹²

7. La demanda de tutela correspondió por reparto al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali, el cual mediante auto del 27 de julio de 2020 dispuso: (i) admitir la acción de tutela; y (ii) correr traslado a la partes y sujetos vinculados para que presentaran informes sobre los hechos en que se sustentaba la presente acción.¹³

8. El ICBF¹⁴ respondió que la acción de tutela era improcedente por no cumplir con los requisitos de subsidiariedad y no evidenciarse la existencia de un perjuicio irremediable. La entidad fundamentó su respuesta en que: (i) la lista de elegibles había adquirido firmeza hacía más de dos años, (ii) las accionantes no cuestionaban dicha lista, ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles, sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; y (iii) en el fondo, las accionantes demandaban la aplicación de un acto de carácter general, proferido por la CNSC, el cual se encuentra en firme y se presumía su legalidad.¹⁵

9. Por su parte, la CNSC manifestó que las accionantes ocuparon la posición 24 y 25 en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182230072735 de 17 de julio de 2018. De tal manera, la entidad indicó que las accionantes no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo requerido, de conformidad con el número de vacantes ofertadas, así como tampoco para las generadas con posterioridad.¹⁶

3. Decisiones judiciales objeto de revisión en el expediente T-8.324.39117

10. El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali declaró improcedente la acción de tutela. El juzgado argumentó que las accionantes pretendían cuestionar el acto administrativo emitidos por la CNSC por el cual se unificó el criterio sobre el alcance de las listas de elegibles y, en consecuencia, inaplicar tal acto administrativo. La autoridad judicial consideró que la tutela no cumplía el requisito de subsidiariedad porque desconocía la existencia de los medios previstos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para cuestionar la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos expedidos la CNSC.¹⁸

11. Las accionantes impugnaron la decisión de primera instancia porque consideraron que no se ajustaba a los hechos expuestos y desconocía lo establecido en la Ley 1690 de 2019.¹⁹ Así mismo, las accionantes señalaron que la sentencia desconoció precedentes judiciales en los que fueron amparados los derechos fundamentales bajo circunstancias similares.

12. El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca revocó la sentencia proferida en primera instancia y, en su lugar, amparó los derechos fundamentales de las accionantes

al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos. El tribunal ordenó inaplicar por inconstitucional el criterio unificado sobre uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020.²⁰ El Tribunal indicó que las actuaciones de las entidades demandadas eran contrarias al principio de mérito en el acceso a cargos públicos. Sin embargo, precisó en el fallo que no podía ordenar específicamente el nombramiento de las accionantes porque crearía una situación violatoria del derecho a la igualdad de quienes como ellas estaban en lista de elegibles y no fueron nombrados.²¹

4. Hechos relevantes del expediente T-8.326.535

13. Lina María Arango Giraldo manifestó que presenta una discapacidad física desde su nacimiento por efecto de una parálisis cerebral que le genera limitaciones en la movilidad y en la motricidad fina y gruesa. Adicionalmente, señaló que es una mujer cabeza de hogar y que responde por sus padres adultos mayores y que se encuentran enfermos. Por último, la accionante afirmó que se encontraba desempleada.²²

14. La demandante señaló que se inscribió y participó en la convocatoria No. 429 de 2016 en Antioquía para el empleo denominado Profesional Universitario, Grado 2, Código 219, OPEC 44335.²³ La accionante aseguró que, surtidos los trámites correspondientes, mediante Resolución No. 20192110072255 del 18 de junio de 2019, la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer 19 vacantes, en la cual ocupó el puesto número 24.²⁴

15. Indicó que la Alcaldía de Medellín nombró en los empleos a las 19 personas que ocuparon los primeros lugares, pero la persona que ocupó el puesto número 7 desistió, motivo por el cual el uso de la lista de elegibles llegó a la posición 20. Por lo tanto, de las personas en la lista de elegibles que no fueron nombrados en esa oportunidad, ella quedó en el 4 de la lista.²⁵

16. Expuso que, a raíz de una orden judicial, la Alcaldía de Medellín realizó los estudios de equivalencia al cargo de la OPEC 44335. En consecuencia, la CNSC autorizó el nombramiento de 3 elegibles. Por lo anterior, mediante el Decreto 1111 del 03 de diciembre de 2020, se realizaron los respectivos nombramientos de las personas que se encontraban en las posiciones 21, 22 y 23. Con motivo de los nombramientos generados en la lista de elegibles y la consecuente recomposición, la tutelante señaló que ocupa el puesto número 1 de la lista

de elegibles para ser nombrada en el cargo de la OPEC 44335.²⁶

17. En virtud de la anterior situación, el 8 de febrero de 2021, la accionante presentó una petición a la Alcaldía de Medellín en la cual solicitó, entre otros aspectos,²⁷ indicar el número de plazas de la planta global del Municipio de Medellín en vacancia definitiva, provisionalidad y encargo para el empleo denominado Profesional universitario, Grado 2, Código 219, OPEC 44335²⁸ y acudir a lista de elegibles mediante su nombramiento en periodo de prueba, dando aplicación al numeral 4° del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.²⁹

18. La Alcaldía de Medellín respondió que en la planta global del municipio no existen plazas en vacancia definitiva, provisionalidad y encargo, para el empleo requerido. Esto, toda vez que las 19 vacantes ofertadas inicialmente en la convocatoria 429 de 2016 para la OPEC 44335 fueron provistas con los elegibles de las posiciones de la 1 a la 20 de la respectiva lista.³⁰ Además, la alcaldía manifestó que elevó consulta a la CNSC para solicitar autorización en el uso de la lista de elegibles que integraba la accionante para ocupar unas vacantes, y no obtuvo respuesta,

20. La demanda de tutela correspondió por reparto al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, el cual, mediante auto del 11 de junio de 2021 dispuso: (i) admitir la acción de tutela; (ii) vincular a los servidores públicos en encargo y provisionales que ocupan las Opec 45220, 45117, 45138, 45162 de la Alcaldía de Medellín y miembros de la lista de elegibles de la Opec 44335 Resolución No. 20192110072255 del 18 de junio de 2019 y; (iii) correr traslado a la partes y sujetos vinculados para que presenten informe sobre los hechos en que se sustenta la presente acción.³³

21. La Alcaldía de Medellín manifestó que la acción de tutela era improcedente. La entidad indicó que no vulneró los derechos fundamentales de la accionante, pues en relación con la OPEC 44335 en la que participó la demandante no se han generado vacantes del mismo empleo con posterioridad a la Convocatoria 429 de 2016 en Antioquia. De otra parte, la entidad sostuvo que la controversia sobre si se debía aplicar la Ley 1960 de 2019³⁴ para la Convocatoria 429 de 2016, escapaba a la competencia del juez de tutela. La entidad también señaló que el hecho de que una persona se encuentre en una lista de elegibles no configura un derecho adquirido, debido a que se trataba de una expectativa de derecho sujeta a una condición, en este caso, a que se generaran vacantes del mismo empleo en el cual la

accionante participó, situación que a la fecha no se evidenciaba.³⁵

22. La CNSC también solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela. Lo anterior, debido a que la inconformidad de la accionante radicaba en la normatividad que regía el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encontraban reglamentadas en los acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la CNSC, entre los que se encontraba el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, actos administrativos de carácter general, respecto de los cuales la accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos. Por otra parte, la CNSC señaló que el acuerdo de convocatoria fue aprobado en agosto de 2016, por lo que se evidenciaba el incumplimiento del requisito de inmediatez, dado que la acción de tutela solamente se presentó en el mes de octubre de 2020, es decir, más de un año después de haberse aprobado el acuerdo de convocatoria del 2016 y, en consecuencia, haberse consolidado la supuesta vulneración a los derechos fundamentales invocados.³⁶

23. El ciudadano Ferney Cuadros López intervino en el proceso de tutela e indicó que se inscribió, participó y ganó el concurso de méritos No. 429 de 2016 para el cargo profesional universitario, grado 2, Código 219 OPEC 44335. Aseguró que una vez superadas las pruebas efectuadas ocupó inicialmente el puesto 27. El ciudadano precisó que luego de haber vinculado de esa lista a 23 profesionales, está ocupando el puesto 4. Sostuvo que la CNSC y la Alcaldía de Medellín no había autorizado el uso de la lista de elegibles para proveer las 4 vacantes declaradas desiertas 21902638, 21902646, 21902647 y 21902712 debido a que no estaban siendo asignadas con el criterio del mérito, sino por el criterio unificado creado por la CNSC. Por esta razón, consideró que se dejó a un lado el principio constitucional del mérito, con lo cual se vulneraba el derecho al trabajo de quienes estaban en la lista de elegibles.³⁷

24. Las intervinientes Mónica Isabel Estrada Vásquez, Claudia Marcela Medina Pinzón, Fanny del Socorro González Agudelo y Lina María Marín González solicitaron que se declarara improcedente la acción de tutela. Consideraron que no se cumplía con el requisito de inmediatez, por haber transcurrido 5 años y por estar a menos de un mes de cumplirse la vigencia de la lista.³⁸

5. Decisión judicial objeto de revisión en el expediente T-8.326.535

25. El Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, en sentencia del 22 de junio

de 2021, negó el amparo.³⁹ El juzgado señaló que no puede determinarse una afectación al derecho de información o de petición reclamado por la solicitante, porque el 30 de marzo de 2021 la CNSC emitió una respuesta dirigida a la Alcaldía de Medellín. La autoridad judicial sostuvo que la respuesta de la CNSC fue clara, precisa, completa y de fondo a lo solicitado por la alcaldía, en lo relacionado con la posibilidad legal de usar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20192110072255 de 18 de junio de 2019.

III. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEDE DE REVISIÓN

26. Mediante oficio de 29 de octubre de 2021, el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca remitió a esta Corporación los escritos radicados por las ciudadanas Martha Patricia Acuña Arévalo, Elizabeth Rodríguez Garnica y Gloria Patria Hoyos Vélez, en los que solicitaron que se decretara la nulidad del fallo de segunda instancia proferido dentro del trámite con radicado T- 8.324.391. En general, las solicitudes coinciden en indicar que se configura la causal establecida en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso, debido a que no fueron citadas o vinculadas al proceso de tutela como personas que directa o indirectamente se verían afectadas por las resultas del proceso de tutela.⁴⁰

27. Asimismo, se radicaron en esta Corporación varios escritos ciudadanos con solicitudes para la selección de la tutela con radicado T-8.324.391, de quienes alegan haber sido afectadas por la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca en el estudio del expediente 76001333300820200011701. Tal es el caso de los ciudadanos Juan Carlos Pérez Luna, Claudia Elena Bechara Mosquera, Edison Orlando Urbina Galavis, Yurley Paola Rueda Martínez, Marlon Gonzalo Bautista Avendaño y Edna Millay Pontón Galves.

28. Mediante auto del 16 de diciembre de 2021, el magistrado sustanciador dispuso:⁴¹ (i) la suspensión de los términos en el expediente de la referencia; (ii) oficiar al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca para que remitiera el expediente de tutela No. 2020-00117 correspondiente a la acción instaurada por Yoriana Astrid Peña y Ángela Marcela Rivera. De igual modo; (iii) requerir al ICBF para que allegue los antecedentes administrativos de la Convocatoria 433 de 2016, los actos administrativos expedidos en virtud de dicha convocatoria, los respectivos nombramientos e informe en qué términos se surtió la convocatoria, el empleo de la lista de elegibles y la provisión de cargos; (iv)

asimismo, solicitó a la CNSC que remita la resolución que conforma la lista de elegibles, entre otros aspectos y a la Alcaldía de Medellín se le requirió para que informara cómo ha desarrollado la provisión de cargos de la OPEC 44335 en el marco de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia y en qué estado se encuentra el trámite para proveer las vacantes; (v) la integración del contradictorio con la vinculación de posibles terceros con interés legítimo en estos asuntos, específicamente, de algunos funcionarios nombrados en provisionalidad que indicaron que no fueron vinculados al trámite constitucional, tal es el caso de las señoras Martha Patricia Acuña Arévalo, Gloria Patria Hoyos Vélez y Elizabeth Rodríguez Garnica. Asimismo, de otros sujetos que manifestaron su interés de que el expediente de tutela T-8.324.391 sea seleccionado, como lo son Juan Carlos Pérez Luna, Claudia Elena Bechara Mosquera, Edison Orlando Urbina Galavis, Yurley Paola Rueda Martínez, Marlon Gonzalo Bautista Avendaño y Edna Millay Pontón Galves. La vinculación se efectuó con la finalidad de integrar debidamente el contradictorio y evitar futuras nulidades. Para tal efecto, se confirió la oportunidad a todos los vinculados para que se manifestaran y ejercieran sus derechos de defensa y contradicción, y; finalmente, (vi) puso a disposición de las partes y terceros con interés legítimo las pruebas e intervenciones que se allegaran.

1. Pruebas allegadas en sede de revisión. Expediente T-8.324.391

30. Por correo electrónico de 25 de enero de 2022 y 18 de febrero de 2022, la CNSC explicó que:

“a. Estado de Provisión de las vacantes ofertadas:

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar reportó movilidad de la lista para las posiciones 14, 16, 12, 9, 8, 1 y 23, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles. (...) Por lo tanto, esta CNSC autorizó el nombramiento en periodo de prueba con el elegible que ocupa la posición No. 13 de la lista de la OPEC 34702. Así las cosas, se presume que las vacantes ofertadas se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 24 (...).

b. Reporte de vacantes de mismos empleos:

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO y de conformidad con lo erigido en la Circular 001 de 2020¹ (sic) se constató que durante la vigencia de las listas el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar reportó la existencia de una (1) vacante definitiva que cumple con el criterio de mismo empleo respecto de la lista de la OPEC 34702, razón por la cual se procedió a autorizar el uso de la lista de elegibles con el elegible ubicado en la posición treinta y tres (33).

Lo anterior teniendo en cuenta que con ocasión al fallo de tutela proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca se conformó la lista de elegibles mediante la Resolución Nro. 20212230007155 del 26 de marzo de 2021 con base en la cual la entidad nominadora nombró y posesionó a los elegibles ubicados en las posiciones de la 25 a la 32.

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que, una vez emitida la aludida conformación de lista, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar reportó movilidad de esa lista para las posiciones 3, 12, 68, 75, 76 y 88; [p]or lo tanto, esta Comisión Nacional autorizó el nombramiento en periodo de prueba con los elegibles que ocupaban la posición No. 114 y 115 de la lista conformada. Así las cosas, las vacantes generadas con posterioridad se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 114 y 115 de la aludida lista”.⁴³

31. De los anexos allegados por la entidad, se observa que en cumplimiento del fallo judicial contenido en la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, se elaboró una lista de elegibles, unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS. En dicha resolución se aprecia que las accionantes Yoriana Astrid Peña y Ángela Marcela Rivera conforman dicha lista en las posiciones 35 y 39 respectivamente.

32. El 16 de febrero de 2022, la Secretaria General de la Corte Constitucional envió al despacho sustanciador correo electrónico remitido por Martha Patricia Acuña Arévalo,⁴⁴ por medio del cual reiteró su inconformidad por los efectos que le causó el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en virtud del cual, el ICBF dio por terminado su vinculación en provisionalidad. Martha Patricia reiteró que consideraba

vulnerado su derecho fundamental al debido proceso como consecuencia de su falta de vinculación al inicio del proceso. Sin embargo, la interviniente adujo que, una vez seleccionado el expediente para revisión por parte de la Corte Constitucional, aportará elementos para que sean tenidos en cuenta en la decisión que adopte esta Corte.

33. De otra parte, la Secretaria General de la Corte Constitucional envió al despacho sustanciador correo electrónico remitido por Claudia Elena Bechara Mosquera,⁴⁵ en el que solicitó que se ordenara que los efectos de la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se extiendan a la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC- 20182230062295 del 22 de junio de 2018 – OPEC 34339 o se ordene a la CNSC y al icbfla inclusión de la lista de elegibles ya indicada en la lista de unificación o Resolución No. 0715 de 2021, ubicándola en las posiciones que en estricto orden de mérito debe ocupar desde el surgimiento de la unificación.

34. El 17 de febrero de 2022, la Secretaria General de la Corte Constitucional envió al despacho sustanciador correo electrónico remitido por Edna Millay Ponton Galvis,⁴⁶ por medio del cual solicitó ser vinculada al expediente de la referencia y que la acción de tutela sea tramitada en la medida en que cumple con los presupuestos de procedencia general. Asimismo, la solicitante propuso ordenar a la CNSC modificar la Resolución 0715 del 26 de marzo de 2021 y, en consecuencia, elaborar listas elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que superaron la Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF, pero no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS, respecto de los cargos equivalentes vacantes o desiertos en todo el territorio nacional.

35. Por último, la Oficina Asesora Jurídica del ICBF,⁴⁷ envió una serie de documentos y realizó las siguientes manifestaciones:

b. Rindió informe en relación con el estado de cumplimiento del fallo de tutela proferido el 17 de septiembre de 2020 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca e indicó:

* Conforme lo ordenado, la CNSC, profirió la Resolución No. 0715 del 26 de marzo de 2021,

“Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden judicial proferida en Segunda Instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la Acción de Tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 –ICBF”. En esta, se elaboró una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito de todas las personas que, habiendo superado la Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS.

* La anterior resolución fue remitida por la CNSC al ICBF, el 26 de marzo de 2021, por lo que se adelantaron las actuaciones administrativas correspondientes, como es la realización de la audiencia pública de escogencia de plaza y los desempates de conformidad con los puntajes y la posición en que se encontraba cada uno de los elegibles, efectuado así los nombramientos en periodo de prueba a que hubo lugar, previa verificación de cumplimiento de requisitos establecidos en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Entidad.

* En virtud de lo anterior, se han expedido 168 nombramientos en periodo de prueba para los elegibles de las posiciones 1 a la 115 (previo proceso de desempate) para las vacantes reportadas en cumplimiento de la orden judicial emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. A la fecha se encuentran posesionados 68 elegibles quienes integran la Lista Unificada Resolución 0715 de 2021. Con ocasión de las posesiones de los elegibles autorizados por la CNSC se procedió con el retiro de 48 servidores provisionales.

* Ahora bien, al referirse puntualmente a la situación de las accionantes Yoriana Astrid Peña y Ángela Marcela Rivera, indicó que las vacantes ofertadas para la OPEC 34702 fueron provistas por las personas que en orden de mérito conforman la lista de elegibles y cuyas posiciones se encontraban en el No. 1 y 22.

* Adicionalmente, señaló que, en aplicación a lo establecido en el Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de mayo de 2020, se realizó la solicitud de uso de listas para las nuevas vacantes generadas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016 aplicando los criterios de “mismo empleo” en la OPEC 34702 a la CNSC para proveer una (01) vacante.

* Para la provisión de la vacante generada con posterioridad, la CNSC autorizó para ser nombrado en periodo de prueba a Yoriana Astrid Peña Parra mediante la Resolución No. 1373 de 12-03-2021. Frente a esta accionante precisa que su nombramiento se dio por virtud de la aplicación el criterio unificado expedido el 26 de enero de 2020, no en cumplimiento del fallo de tutela del 17 de septiembre de 2020.

* Ahora bien, en relación con la otra accionante, Ángela Marcela Rivera Espinosa, informó que, en cumplimiento de la orden judicial proveniente del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, y toda vez que la accionante conformó la nueva lista unificada, se procedió con su nombramiento en periodo de prueba el 3 de abril de 2021, quien tomó posesión el 19 de agosto de 2021.

2. Pruebas allegadas en el trámite tutelar T-8.326.535:

36. Mediante oficio de 1 de febrero de 2020, la Secretaria General de la Corte Constitucional remitió al despacho sustanciador correo electrónico proveniente de la Subsecretaría de Defensa y Protección de lo Público de Medellín.⁴⁸ En la respuesta, la entidad indicó que la lista de elegibles del empleo en cuestión fue conformada mediante Resolución CNSC No. 20192110072255 del 18 de junio de 2019. Dicha lista la integraron 37 elegibles para proveer 19 vacantes ofertadas. Las 19 vacantes ofertadas fueron provistas con los primeros 20 elegibles, ya que, el elegible ubicado en la posición 7 no aceptó el nombramiento, en su lugar fue nombrado el elegible ubicado en la posición 20.

37. Sin embargo, en virtud del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín, en atención a la acción interpuesta por la señora Yeniffer Brand

Cáceres,⁴⁹ se ordenó al municipio inaplicar el Criterio Unificado sobre el Uso de la Lista de Elegibles expedido el 16 de enero de 2020 y el 6 de agosto de 2020, y así, efectuar nombramientos en periodo de prueba y en estricto orden de mérito en las plazas vacantes de quienes conformen la lista de elegibles en el cargo vacante, similar o equivalente reportado. En cumplimiento del fallo, la CNSC autorizó el uso de la lista OPEC 44335 con los elegibles en posiciones 21 a 23 para proveer esas tres vacantes definitivas que en su momento informó la entidad nominadora.

38. Por lo anterior, el municipio de Medellín expuso que no adelantó actuación alguna en relación con la OPEC 44335, toda vez que las 19 plazas ofertadas se encuentran provistas de manera definitiva con los elegibles que accedieron a las mismas por mérito. Adicionalmente, indicó que dicha lista perdió vigencia el 4 de julio de 2021.

39. La entidad aclaró que durante la vigencia de la lista, entre el 5 de julio de 2019 y el 4 de julio de 2021, no se generaron vacancias definitivas en otras plazas no reportadas del mismo empleo ni se crearon nuevas plazas con el mismo nivel, categoría, propósito y funciones, que permitiera el uso de lista en los términos de la Convocatoria 429 de 2019 y de las instrucciones de la CNSC.

40. La autoridad también precisó que, en el caso particular de la accionante, Lina María Arango Giraldo, pretende el uso de la lista de elegibles para ser nombrada en alguna de las otras vacantes definitivas que, si bien guardan algunas similitudes con la oferta en cuanto a los núcleos básicos del conocimiento, no son vacantes del mismo empleo. Adicionalmente, porque se trata de vacantes que sí fueron reportadas y convocadas al concurso, es decir, que hicieron parte de la OPEC y finalmente fue declarado desierto.

41. El 16 de febrero de 2022, la Secretaria General de la Corte Constitucional remitió al despacho sustanciador correo electrónico de Juan Alexander Castro Celis,⁵⁰ en el cual manifiesta que la Alcaldía de Medellín no dio cumplimiento a la Ley 1960 de 2019⁵¹ y con ello violó el derecho al principio de favorabilidad del trabajador.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

42. La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en el inciso 3 del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.⁵²

2. Cuestión previa: nulidad por indebida integración del contradictorio en el expediente T-8.324.39153

43. Antes de plantear los problemas jurídicos del caso, corresponde a la Sala determinar si el trámite que se surtió ante los jueces de instancia en relación con el expediente T-8.324.391 está viciado de nulidad. Esto, por una solicitud de nulidad, por indebida integración de contradictorio, elevada frente a la decisión del Tribunal Administrativo del Valle por no vincular al proceso a terceros interesados.

44. Como se precisó previamente, mediante oficio de 29 de octubre de 2021, posterior a la expedición del fallo de segunda instancia y a la selección del expediente por parte de la Corte Constitucional para su revisión, el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca remitió a esta Corporación los escritos radicados por las ciudadanas Martha Patricia Acuña Arévalo,⁵⁴ Elizabeth Rodríguez Garnica⁵⁵ y Gloria Patricia Hoyos Vélez,⁵⁶ en los que solicitaron declarar la nulidad del fallo de segunda instancia proferido dentro del trámite con radicado T-8.324.391.

45. Así mismo, fueron radicadas en esta Corte varios escritos ciudadanos para la selección de la tutela, de quienes alegaban haber sido afectados por la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca. Tal es el caso de los ciudadanos Juan Carlos Pérez Luna, Claudia Elena Bechara Mosquera, Edison Orlando Urbina Galavis, Yurley Paola Rueda Martínez, Marlon Gonzalo Bautista Avendaño y Edna Millay Pontón Galves.

46. Por lo anterior, mediante auto del 16 de diciembre de 2021, el magistrado sustanciador dispuso:⁵⁷ (i) la integración del contradictorio con la vinculación de posibles terceros con interés legítimo en estos asuntos, específicamente, de algunos funcionarios nombrados en provisionalidad que indicaron que no fueron vinculados al trámite de tutela, tal es el caso de las señoras Martha Patricia Acuña Arévalo, Gloria Patria Hoyos Vélez y Elizabeth Rodríguez Garnica. Asimismo, de otros sujetos que manifestaron su interés en que el expediente de tutela T-8.324.391 fuera seleccionado, como lo son Juan Carlos Pérez Luna, Claudia Elena

Bechara Mosquera, Edison Orlando Urbina Galavis, Yurley Paola Rueda Martínez, Marlon Gonzalo Bautista Avendaño y Edna Millay Pontón Galves. La Sala consideró que la ausencia de vinculación al trámite de los funcionarios nombrados en provisionalidad podía generar una afectación del derecho al debido proceso y podría configurar una causal de nulidad de las actuaciones surtidas por los jueces de primera y segunda instancia. Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133 del CGP, en virtud del cual la indebida integración del contradictorio configura una causal de nulidad. Así, la Sala efectuó la vinculación con la finalidad de integrar debidamente el contradictorio y evitar futuras nulidades. Para tal efecto, se confirió la oportunidad a todos los vinculados para que se manifestaran y ejercieran sus derechos de defensa y contradicción, y se puso a disposición de las partes y terceros con interés legítimo las pruebas e intervenciones que se allegaran.

47. El artículo 29 de la Constitución consagra el derecho fundamental al debido proceso y, entre otras cosas, establece el deber genérico de garantizar a toda persona la facultad de presentar pruebas y controvertir aquellas que se alleguen en su contra. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992, las decisiones adoptadas en los procesos de tutela deben ser notificadas a las partes y a los intervinientes, cuando sea el caso. Para hacerlo, el juez puede acudir al medio que considere más adecuado, siempre que resulte eficaz para garantizar el derecho de defensa⁵⁸ y que se inspire en la vigencia del principio de buena fe.⁵⁹ Dicha obligación se justifica, de un lado, en el carácter informal del mecanismo de amparo y en la celeridad que se requiere para la protección efectiva de los derechos fundamentales y, del otro, en la necesaria garantía de la publicidad de las actuaciones judiciales que, además, permite a las partes e interesados, ejercer los derechos de contradicción y defensa, y, en particular, la oportunidad procesal para aportar y controvertir pruebas e interponer los recursos del caso.

48. De acuerdo con esta Corporación, en los trámites de tutela pueden ocurrir irregularidades procesales que vicien su validez y afecten el derecho al debido proceso de las partes y terceros con interés. El juez constitucional tiene la carga de velar por la integridad del proceso e identificar las circunstancias que pudiesen devenir en una eventual nulidad, de tal forma que asegure la legalidad del proceso y lo ajuste cuando perciba irregularidades. Para eso, debe tomar en consideración los principios de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, así como el de economía procesal.⁶⁰ En concordancia con la jurisprudencia de esta Corte son aplicables las reglas incluidas en el Código General del Proceso (en

adelante, CGP) sobre las nulidades. Esta remisión permite, entre otras cosas, resolver las nulidades y sanearlas cuando a ello haya lugar.⁶¹

49. La Corte Constitucional ha incorporado la remisión al CGP para resolver las solicitudes de nulidad presentadas, en los procesos de tutela, con base en lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015. Este artículo establece que “para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código General del Proceso, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho Decreto (...)”. La Corte, en el Auto 159 de 2018, estableció que al no existir una norma que consagrara cuál era el régimen de nulidad que se aplicaba en el proceso de tutela, con ocasión de las actuaciones que se desarrollaran por los jueces de instancia, se debía acoger por vía analógica las causales que se consagraran en el sistema procesal general, que se encuentran previsto en el CGP.⁶²

50. Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133 del CGP, la Corte ha considerado que la indebida integración del contradictorio genera la nulidad de todo lo actuado en el proceso⁶³, debido a que esta circunstancia afecta el derecho al debido proceso y es entendida como una causal de nulidad. Sin embargo, la Corte también ha reconocido que si la nulidad es advertida en el trámite de revisión, la correspondiente Sala puede: (i) declarar la nulidad de lo actuado y ordenar la devolución del expediente para que, una vez subsanada la irregularidad, se dicte sentencia; o (ii) integrar directamente el contradictorio con la parte o con el tercero que tenga interés legítimo en el asunto.⁶⁴

51. Frente a la segunda posibilidad, la Corte ha precisado que puede ser utilizada: (i) cuando las circunstancias de hecho lo ameritan o se encuentran en juego derechos fundamentales de personas cuyo estado de debilidad es manifiesto, en aplicación de los principios de celeridad y economía procesal propios de la acción de tutela;⁶⁵ y, (ii) en los eventos en que las personas vinculadas renuncien a su derecho a controvertir la decisión que se adopte, sea o no desfavorable a ellas.⁶⁶ La Corte ha sostenido que de asumir esta postura, se debe advertir la nulidad, junto con la posibilidad de las personas vinculadas de decidir si es de su interés continuar con el trámite o, en su lugar, reclamar la reelaboración del trámite para participar en él. Esto con fundamento en la regla del artículo 137 del CGP.⁶⁷

52. En consecuencia, si se cumplen esos presupuestos establecidos en la jurisprudencia de la

Corte, la indebida integración del contradictorio no implica por sí mismo la invalidación del trámite y tampoco obliga al juez de segunda instancia o a la Corte Constitucional a retrotraer las actuaciones en todos los casos. Esa posición fue consolidada en los autos 024 de 2019, 287 de 2019 y 553 de 2021.

53. Los documentos obrantes en el expediente dan cuenta que, en efecto, los funcionarios nombrados en provisionalidad no fueron notificados del auto admisorio de la acción de tutela ni de las sentencias proferidas en las dos instancias. Así, esta Sala considera que la ausencia de vinculación al trámite de tales personas generó una afectación del derecho al debido proceso y configuró una causal de nulidad de las actuaciones surtidas por los jueces de primera y segunda instancia. Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133 del CGP, en virtud del cual la indebida integración del contradictorio configura una causal de nulidad.

54. Sin embargo, esta es una causal de nulidad saneable debido a que no hace parte de las taxativamente mencionadas en el párrafo del artículo 136 del CGP, esto es, que a pesar de la configuración del vicio procesal los interesados pueden sanearlo en el curso del proceso. En el presente caso, la nulidad fue saneada como consecuencia del auto del 16 de diciembre de 2021, en virtud del cual se integró debidamente el contradictorio, y con la intervención de los interesados, quienes no solicitaron que se declarara la nulidad en esta sede. En efecto, se confirió la oportunidad a todos los vinculados para que se manifestaran y ejercieran sus derechos de defensa y contradicción, y no se planteó ante esta Corporación la solicitud de nulidad del trámite.

55. La interpretación de las circunstancias descritas y del trámite de revisión como constitutivas del saneamiento de la nulidad en esta sede encuentra respaldo en el principio de economía procesal, respecto del cual la jurisprudencia de esta Corte ha fijado su alcance y ha señalado que:

“Una consecuencia de la aplicación de este principio (...) es la institución del saneamiento de las nulidades. En el Código, ésta se funda en la consideración de que el acto, aun siendo nulo, cumplió su finalidad. Que, en consecuencia, no se violó el derecho de defensa (...). En virtud de la economía procesal, el saneamiento de la nulidad, en general, consigue la conservación del proceso a pesar de haberse incurrido en determinado vicio, señalado como

causal de nulidad”.⁶⁸

56. Esta Sala considera que, en aplicación de los principios de celeridad y economía procesal propios de la acción de tutela, las circunstancias de hecho en el caso objeto de estudio ameritaban integrar directamente el contradictorio con la parte o con el tercero que tuviera interés legítimo en el asunto. Así lo efectuó el despacho del entonces magistrado sustanciador mediante auto de 16 de diciembre de 2021. En ese momento, se tuvo en consideración la competencia de la Sala Novena de Revisión para pronunciarse sobre dos casos con evidente similitud en los hechos que los fundamentan y teniendo en cuenta que sería innecesario aplazar la definición de uno de ellos. De la misma manera, la Sala estimó que le correspondía establecer si los derechos al debido proceso, la igualdad y acceso a cargos públicos invocados por las accionantes fueron vulnerados por las entidades accionadas al no dar uso a la lista de elegibles, que las tutelantes integran, para proveer las vacantes generadas en las entidades públicas accionadas.

57. Como consecuencia de esa providencia, la Corte recibió respuestas por parte de Edna Millay Ponton Galvis, Claudia Elena Bechara Mosquera y Martha Patricia Acuña Arévalo.⁶⁹ En términos generales, las intervinientes reiteraron su inconformidad por los efectos que le causó el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en virtud del cual, el ICBF dio por terminada su vinculación en provisionalidad.

58. Así mismo, algunas de las personas vinculadas en esta sede manifestaron que consideraban vulnerado su derecho fundamental al debido proceso como consecuencia de su falta de vinculación inicial al proceso. Sin embargo, concentraron su argumentación en la decisión de fondo del asunto, sin exigir que se declarara la nulidad del trámite. Incluso, en algunas intervenciones se evidencia que los terceros interesados en la decisión señalaron que la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional era la llamada a adoptar la próxima decisión de fondo en el proceso.

59. De esta forma, la Sala encuentra saneado el proceso, al integrar directamente el contradictorio con las partes y los terceros con interés legítimo en el asunto, a través del auto del 16 de diciembre de 2021, y con fundamento en las intervenciones recibidas en esta sede. Se ha constatado que las circunstancias de hecho en el caso objeto de estudio ameritan adoptar un pronunciamiento, en aplicación de los principios de celeridad y

economía procesal. Esto, por cuanto los interesados que no fueron vinculados inicialmente al proceso actuaron en este trámite mediante la vinculación en sede de revisión, sin proponer la nulidad una vez fueron notificados de la existencia del trámite de tutela. En síntesis, en la actuación adelantada en esta sede, los terceros vinculados no insistieron en la solicitud de nulidad y, por lo tanto, con fundamento en los principios de economía, informalidad y celeridad que rige la acción de tutela subsanaron la nulidad, razón por la que la Sala negará las solicitudes de nulidad presentadas en el expediente T-8.324.391.

60. Como consecuencia de lo anterior, en aplicación del Reglamento Interno de la Corte Constitucional que habilita a la Sala para resolver la nulidad en la sentencia,⁷⁰ se dispondrá en la parte resolutoria de este fallo negar las solicitudes de nulidad que fueron presentadas en este trámite constitucional.

3. Procedibilidad de la acción de tutela

61. Son varios los aspectos procedimentales que establece el artículo 86 de la Constitución Política, en conjunto con el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta alta Corporación,⁷¹ para que exista un pronunciamiento de fondo en materia de tutela. Por tal razón, en el presente asunto se estudiarán los requisitos de: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y (iv) subsidiariedad. Para ello, se reiterarán las reglas jurisprudenciales en la materia y, con base en ellas, se determinará si en el caso objeto de estudio es procedente la acción de tutela. En caso de que se supere el examen de procedencia, la Sala formulará el respectivo problema jurídico que permita dar solución al caso concreto.

Legitimación en la causa por activa

62. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de protección constitucional que puede ser ejercido por cualquier persona, a nombre propio o por quien actúe en su nombre, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales que considere estén siendo vulnerados o bajo amenaza de serlo.

63. En las acciones de tutela que se revisan se encuentra:

* De igual forma, respecto del expediente con radicado T-8.326.535, se observa que Lina María Arango Giraldo también está legitimada en la causa por activa para promover el amparo de sus derechos fundamentales, por cuanto acude al mecanismo de amparo con el fin de que se le sean protegidos sus derechos por ser la directamente afectada con las presuntas omisiones de la Alcaldía de Medellín y la CNSC.

Legitimación en la causa por pasiva

64. Tal y como lo dispone el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991,⁷² la acción de tutela procede contra: (i) toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya vulnerado, vulnere o amenace cualquier derecho fundamental, y (ii) las acciones u omisiones de los particulares.⁷³ Este presupuesto refiere a la aptitud legal y constitucional de la persona (natural o jurídica) contra quien se dirige la acción, de ser la posiblemente llamada a responder por la violación o amenaza del derecho fundamental.⁷⁴ Por lo tanto, de manera reiterada la Corte Constitucional ha señalado que es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo y, por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.⁷⁵

65. En los procesos acumulados (T-8.324.391 y T-8.326.535), las demandas de tutela fueron interpuestas, de manera independiente, por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, y, por otra parte, por Lina María Arango Giraldo, quienes afirmaron que el ICBF, la Alcaldía de Medellín y la CNSC, respectivamente, vulneraron sus derechos fundamentales.

66. Las acciones de tutela proceden en contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Alcaldía de Medellín, puesto que estas son las autoridades señaladas de las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales invocados. En efecto, respecto de la Alcaldía de Medellín y el ICBF, se les reprocha a dichas entidades su negativa de dar uso a las listas elegibles y así proveer cargos no ofertados en los concursos correspondientes, pero que se encuentran vacantes en las entidades accionadas. Ahora bien, respecto de la CNSC, la Sala encuentra que la pretensión de las accionantes se fundamenta en las posiciones que ocupan en las respectivas listas de

elegibles adoptadas por dicha entidad, por lo que su eventual uso para proveer los cargos involucra a la referida Comisión. Esta Comisión, por disposición de la Constitución⁷⁶ y de la ley,⁷⁷ es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer estos cargos.

Inmediatez

67. Como medio judicial, la acción de tutela está diseñada para brindar la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que acudan a ella. Esto implica que, aunque no existe un plazo específico para presentarla ante el juez de tutela, debe actuarse en un término oportuno, justo y razonable respecto del hecho vulnerador de tales derechos. En consecuencia, debe verificarse dos circunstancias: (i) sí resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y el día en que se formuló la acción de tutela;⁷⁸ o (ii) si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo.⁷⁹

68. En últimas, la acción de tutela puede ser interpuesta en cualquier tiempo, ya que no tiene un término de caducidad, lo cual implica que el juez constitucional no puede rechazarla por el simple paso del tiempo y se le impone la carga de estudiar el fondo del asunto. Sin embargo, por la naturaleza propia de esta acción el amparo debe formularse dentro un plazo razonable, el cual debe evaluarse en cada caso en concreto.⁸⁰

69. En los asuntos bajo análisis, la Sala observa que, en el proceso T-8.324.391, la última respuesta del ICBF respecto de la solicitud de nombramiento y posesión de las accionantes en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de Neiva, es del 21 de julio de 2020 y la acción de tutela se presentó el 27 de julio del mismo año, es decir, las señoras Peña y Rivera, interpusieron la acción de tutela dentro de los seis días entre una y otra; y en el caso del expediente T-8.326.535, la señora Arango Giraldo, presentó el escrito de tutela, aproximadamente, dentro de los cuatro meses siguientes a la recepción de la respuesta emitida por la Alcaldía de Medellín, en la cual resolvió no proveer el cargo solicitado en su favor. En efecto, la última respuesta recibida por la Alcaldía de Medellín data del 18 de febrero de 2021 y la acción fue interpuesta el 11 de junio del mismo año. Por lo

anterior, es posible concluir que en los presentes asuntos se encuentra acreditado el requisito de inmediatez, en la medida que transcurrió un término prudente y razonable entre la solicitud de utilización de la lista de elegibles y su correspondiente negativa, y el ejercicio de la acción constitucional.

Subsidiariedad de la acción de tutela contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos

70. El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela “solo 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.” Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha señalado que la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa o, existiendo, no resulte eficaz y oportuno.⁸¹ El carácter residual de la acción de tutela obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

71. Lo anterior implica que quienes acudan a la acción de tutela deben, primero, hacer uso de todos los recursos ordinarios que el aparato judicial pone a su alcance para lograr la protección de sus derechos. Así las cosas, para la Corte Constitucional es claro que cuando una persona acude al sistema judicial, con la idea de hacer valer sus derechos, no puede ignorar la existencia de acciones judiciales preestablecidas en la normatividad vigente, ni mucho menos pretender que el funcionario judicial, en sede de tutela, sustituya o usurpe las funciones asignadas a otros jueces.⁸²

72. Este Tribunal ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto.⁸³ Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011,⁸⁴ los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión), con las cuales se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia.⁸⁵ Esta circunstancia debe ser objeto de

análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.⁸⁶

73. La Sentencia T-602 de 2011, en un caso en el que el accionante señaló que sus derechos al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos fueron vulnerados por el Ministerio de Educación Nacional al no haber utilizado la lista de elegibles de la convocatoria 001 de 2005 para proveer las vacantes generadas por dicho Ministerio, señaló que:

“Ante actos administrativos, amparados por la presunción de legalidad, que generen inconformidad en cuanto a consecuencias consideradas como ilegítimamente nocivas, la preceptiva vigente prevé los mecanismos y los estrados judiciales competentes, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; consecuentemente, si la legalidad de los actos reprochados no ha sido cuestionada ante tal jurisdicción, no es la acción de tutela el medio idóneo para encauzar pretensiones no reclamadas apropiadamente. Refrendando lo expuesto en términos normativos y jurisprudenciales, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones creadas por actos u omisiones que impliquen vulneración o amenaza de derechos fundamentales, frente a lo cual el sistema jurídico no tenga previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces”.

74. En ese orden de ideas, para que el juez establezca si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, o si existiendo no resulta ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales, debe concentrar su labor en la búsqueda de toda aquella información que reposa en el expediente, relacionada con las condiciones particulares del accionante y revisar si la vía judicial ordinaria es idónea para proteger suficientemente sus derechos fundamentales. Si esta no resulta efectiva o idónea, para evitar un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha sostenido que: “la acción constitucional es procedente como mecanismo transitorio, correspondiéndole entonces al juez de tutela realizar un análisis razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad de dicho medio judicial alternativo”.⁸⁷

75. En línea con lo anterior, la Sentencia SU-553 de 2015 estableció que la acción de tutela procede de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en materia de concursos de méritos y, por lo tanto, solamente resulta procedente en dos supuestos: (i) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho

fundamental, lo que se traduce en un claro perjuicio para el actor; y (ii) cuando se ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

76. Acerca de la posibilidad de dar un amparo como mecanismo transitorio para evitar la realización de un perjuicio irremediable, de acuerdo a los requisitos establecidos en la Sentencia T-244 de 2010, se exige que dicho perjuicio:

“(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”.

77. Por su parte, la Sentencia SU- 713 de 2006 indicó sobre el particular:

“(...) debe recordarse que la situación fáctica que legitima la acción de tutela por la existencia de un perjuicio irremediable, supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o, en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración. (...) Por consiguiente, es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar, por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos.”

78. Así mismo, la Corte Constitucional de forma reciente ha advertido que para determinar la

procedencia de una acción de tutela en los concursos de méritos deben considerarse diferentes factores, entre estos, si la lista de elegibles estaba próxima a vencerse. En particular, en la Sentencia T-340 de 2020, la Corte estimó que la acción de tutela objeto de estudio era procedente al tener en consideración los siguientes factores: (i) el tiempo de vigencia de la lista, la cual estaba próxima a vencerse; (ii) la ineficacia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo para la protección en el caso concreto; y (iii) la necesidad de que la Corte realizara precisiones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019, de acuerdo con la solicitud elevada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Así, le corresponde al juez de tutela, en cada caso en concreto, evaluar las condiciones que rodean el asunto y la idoneidad de los recursos ordinarios para la protección de los derechos fundamentales. La Corte, en esa oportunidad, consideró los elementos descritos para descartar la idoneidad del mecanismo ordinario y advirtió que en ese asunto la acción de tutela resultaba procedente para establecer si las actuaciones del ICBF y la CNSC vulneraron los derechos al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos de José Fernando Ángel Porras.

79. Luego, en la Sentencia T-081 de 2021, en la que se reiteró la Sentencia T-340 de 2020, la Corte también señaló que en el examen de procedencia de la acción de tutela debía evaluarse la vigencia de la lista y otras circunstancias como la eficacia de las medidas cautelares. Por lo tanto, consideró que en el caso concreto, la acción de tutela resultaba procedente para establecer si el ICBF y la CNSC vulneraron los derechos al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos porque la lista estaba próxima a vencer y las medidas cautelares no podrían entenderse como efectivas. Esto, debido a que tales medidas solo proceden cuando se evidencia una posible violación de la ley por parte del acto administrativo, así como tampoco existía para los accionantes un daño inminente que ameritara una medida cautelar conservativa.

80. Así las cosas, las acciones de tutela que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en el marco de esta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Esto sin perjuicio de que, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en conocimiento, al juez constitucional evalúe si los mecanismos ordinarios de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son idóneos

para la protección de los derechos fundamentales.

81. En este caso, le corresponde a la Sala establecer si los derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos invocados por las accionantes han sido vulnerados por las entidades accionadas al no dar uso a la lista de elegibles que las accionantes integran, para proveer las vacantes generadas. Pero ello está supeditado a que esta acción de tutela resulte procedente, aún ante la existencia de mecanismos en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a los cuales tienen acceso las accionantes o, en su defecto, que resulte acreditado que las accionantes se encuentran ante un perjuicio irremediable.

82. Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa (expediente T-8.324.391) solicitaron la protección de sus derechos fundamentales de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, los cuales estiman vulnerados porque las entidades accionadas no dan cumplimiento al mandato contenido en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, se niegan a realizar los actos tendientes para que se dé uso a la lista de elegibles contenida en la Resolución CNSC No. 20182230072735 de 17 de julio de 2018 que ellas integran, para ocupar las vacantes de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, que se generaron luego de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF.

83. Por su parte, Lina María Arango Giraldo (expediente T-8.326.535) solicitó la protección de sus derechos fundamentales de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, los cuales estima vulnerados porque las entidades accionadas no autorizan el uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución 20192110072255 del 18 de junio de 2019 que ella integra, para ocupar los empleos que cumplen con las características de equivalencias en relación con la OPEC 44335, como consecuencia de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquía.

84. En suma, las accionantes participaron en un concurso público de méritos y aunque quedaron en la lista de elegibles no alcanzaron los primeros puestos que sí les garantizaría el derecho a ser nombradas. En efecto, Yoriana Astrid Peña y Ángela Marcela Rivera ocuparon los puestos 24 y 25 para una convocatoria de 16 vacantes; y Lina María alcanzó el puesto 24 de una convocatoria para 19 empleos. Por lo que apenas tenían una expectativa a ser nombradas si renunciaban o faltaban aquellos que ocuparon los puestos que las anteceden. En la Sentencia T-156 de 2012, en la cual se reiteró la Sentencia SU-913 de 2009, la Corte

indicó que 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.⁸⁹

85. En el presente asunto, revisados los expedientes, las accionantes no informaron si previo a la tutela ejercieron alguna de las acciones establecidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para cuestionar la legalidad de los actos proferidos durante el concurso de méritos al que se presentaron, por lo que, corresponde a la Sala determinar en todo caso si tales mecanismos resultan ser el medio idóneo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales y, por lo tanto, las accionantes deben acudir a esos mecanismos o si, en el presente asunto, se configura un perjuicio irremediable.

86. En el caso bajo examen, la Sala considera que los mecanismos de defensa al alcance de las accionantes resultan idóneos y eficaces para controvertir la legalidad de los actos administrativos que cuestionan y discutir las actuaciones de la administración en relación con la interpretación de las listas de elegibles y la provisión de otras vacantes no ofertadas, ya que al tiempo de la presentación de la demanda con la que se ejercite el medio de control que estimen pertinente en pro de sus pretensiones, pueden solicitar la adopción de medidas cautelares en contra de los actos que consideren lesivos a sus intereses. Vale reiterar en este punto que, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez o magistrado ponente, a petición de parte debidamente sustentada, podrá decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.⁹⁰

87. En ese sentido, es necesario señalar que el juez contencioso administrativo cuenta con amplias facultades para adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar preliminarmente los derechos de las accionantes, entre las que se encuentran las medidas cautelares innominadas, que se derivan de la potestad amplia otorgada en el artículo 229 del CPACA, según el cual “podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...)”. Así, por ejemplo, en relación con la actuación de las entidades demandadas que cuestionan las acciones a través de las medidas cautelares, se podía solicitar el uso de la lista de

elegibles para la provisión de las vacantes disponibles o cualquier otra medida que las accionantes consideraran pertinente para garantizar y proteger provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia en el proceso ordinario.

88. De otro lado, si bien las accionantes plantearon un amparo transitorio para evitar el perjuicio irremediable que les generaría la vulneración de sus derechos fundamentales, esta Sala encuentra que el proceso administrativo se ciñó a las etapas propias establecidas y conocidas con anterioridad por los aspirantes, al igual que existió un criterio de igualdad de trato para todos los concursantes. En ese contexto, no se advierte una afectación urgente, grave, inminente e impostergable en relación con los derechos fundamentales de las accionantes. Esto impide concluir la presencia de un perjuicio irremediable, por cuanto las demandantes contaban con una mera expectativa de ser nombradas en los cargos a los cuales concursaron y, de igual manera, las circunstancias planteadas en la acción de tutela no evidencian un riesgo de tal magnitud que amerite la intervención del juez constitucional.

89. En relación con el alegado perjuicio irremediable, las accionantes contaban con una mera expectativa de ser nombradas en los cargos a los cuales concursaron, sin que se haya consolidado un derecho a acceder de inmediato a los cargos públicos. Por lo tanto, la proximidad del vencimiento de la lista de elegibles no configura, por sí sola, el perjuicio con las características exigidas por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que los fundamentos de la acción de tutela están dirigidos a que se proteja una expectativa de las accionantes. Al respecto, tal como se estableció en la Sentencia T-747 de 2008, cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”.

90. Ahora bien, como se indicó, la Corte Constitucional ha precisado algunos criterios relevantes para determinar la procedencia de una acción de tutela cuando se cuestionan actuaciones adelantadas en los concursos de méritos. En concreto, le corresponde al juez de tutela valorar si en las circunstancias del caso examinado el mecanismo ordinario resultaba idóneo para la protección de los derechos invocados en la acción de tutela. En este examen, la Corte ha valorado, entre otros aspectos, la idoneidad o no de las medidas cautelares, la proximidad del vecimiento de la lista de legibles, así como otras circunstancias que ameriten

un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el ejercicio de su competencia principal como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución.

91. En las acciones de tutela que estudia en esta oportunidad la Sala encuentra que no concurren las circunstancias que han sido examinadas en anteriores oportunidades para descartar la idoneidad de los mecanismos ordinarios para confrontar las actuaciones emitidas en los concursos de méritos. El primero de ellos consiste en verificar si la lista de elegibles está próxima a vencerse. Esta circunstancia se acredita en esta oportunidad porque aquí las listas de elegibles vencían a menos de un mes de interponerse las acciones de tutela. Sin embargo, este criterio no es el único factor determinante y también es importante tener en consideración otras circunstancias que puedan impactar el análisis o estudio de la procedencia. En ese sentido, para superarse el requisito de subsidiariedad en este escenario debe tenerse en consideración otras circunstancias particulares que permitan flexibilizar la regla sobre la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales.

92. En el presente asunto, a pesar de que la lista de elegibles estuviera próxima a vencerse, no se supera el presupuesto de subsidiariedad, pues no concurren otros factores como los identificados en la Sentencia T-340 de 2020, que tornaran procedente la acción⁹¹. Las accionantes cuentan con mecanismos ordinarios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que les permiten cuestionar la actuación de la administración y solicitar las medidas cautelares que estimen pertinentes, entre ellas, las enunciadas en el artículo 230 del CPACA, incluyendo las medidas cautelares innominadas. En el caso concreto no es necesario satisfacer el requisito de demostrar que se presenta una contradicción entre la ley y los actos administrativos cuestionados. Lo anterior, por cuanto este presupuesto solo es exigible respecto de la medida cautelar de suspensión provisional, dado que para otro tipo de medidas cautelares el artículo 231 del CPACA enlista unas condiciones diferentes. Estas condiciones consisten en que: (i) la demanda esté razonablemente fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado la titularidad de los derechos, aunque sea de forma sumaria; (iii) que el demandante haya presentado los soportes que indican que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y (iv) que se pueda ocasionar un perjuicio irremediable o que exista la posibilidad de que los efectos de la sentencia sean nugatorios. De manera que, en el presente asunto las accionantes cuentan con un mecanismo ordinario idóneo, en el que pueden solicitar medidas cautelares en

relación con la interpretación, alcance y definición de los nombramientos en vacantes no ofertadas en la convocatoria en la que participaron.

93. En el caso en concreto tampoco se configura un perjuicio irremediable. La intervención del juez de tutela no resulta imperiosa para la protección o restablecimiento urgente de un derecho fundamental, ya que no se cumplen los criterios de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad definidos en la jurisprudencia constitucional. Lo anterior, debido a que: (i) las accionantes conocieron las circunstancias que estiman transgresoras de sus derechos fundamentales desde las etapas de convocatoria y de la conformación de la lista de elegibles, en las que se restringió la convocatoria al número de cargos ofertados; (ii) la inclusión en la lista de elegibles generó una expectativa de nombramiento y, por el contrario, esto no se traduce en la consolidación del derecho, puesto que este se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer; (iii) la posibilidad de que las accionantes acudan a las medidas cautelares dispuestas los procesos declarativos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y (iv) las accionantes no demostraron estar inmersas en circunstancias que las sitúen en una situación de debilidad manifiesta.

94. En este orden de ideas, mientras las afectadas no demuestren la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aún cuando fuere invocada como mecanismo transitorio. Por esa razón, manifestaciones como la demora propia del trámite judicial ante los jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no tienen la capacidad suficiente para justificar la falta de idoneidad del mecanismo ordinario o el acaecimiento de un perjuicio irremediable. Esto, por cuanto el ordenamiento jurídico precisamente dispone la existencia de jurisdicciones diferentes a la constitucional, que de forma especializada atienden cada uno de los diferentes conflictos que los ciudadanos elevan ante la administración de justicia, en las cuales además se prevén las medidas cautelares.⁹²

95. Así, se reitera el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011⁹³ que establece la nulidad y restablecimiento del derecho como uno de los medios de control de la actuación de las autoridades estatales. Este medio le confiere a toda persona la posibilidad de solicitar que se declare la nulidad del acto administrativo que lesiona un derecho subjetivo y que este último le sea restablecido. Por lo tanto, atendiendo a las manifestaciones realizadas por las

accionantes, es claro que la legalidad de los actos administrativos puede ser discutida ante el juez administrativo bajo el amparo de las causales de nulidad referidas en dicha norma.

96. En últimas, en los expedientes T-8.324.391 y T-8.326.535 la acción de tutela es improcedente, ya que no se satisface la exigencia de subsidiariedad, en la medida en que la acción de tutela únicamente procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

98. Ahora bien, sin desconocer la calidad especial de la accionante dentro del trámite T-8.326.535, particularmente de Lina María Arango Giraldo, por virtud de su situación de discapacidad y desempleo, frente a sus pretensiones de que se dé uso a la lista de elegibles, la Sala considera, que la accionante, dependiendo de la forma en que quiera encausar la acción, puede acudir a la vía idónea y eficaz establecida en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puesto que de igual forma a la accionante le asistía una mera expectativa de acceder a las vacantes en la medida en que se dieran las condiciones de reclasificación frente a las personas que la antecedian.

V. SINTESIS DE LA DECISION

99. La Sala Novena de Revisión analizó la acción de tutela interpuesta por Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa (expediente T-8.324.391) en la que solicitaron la protección de sus derechos fundamentales de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos. Las accionantes consideraron vulnerados sus derechos porque las entidades accionadas no dieron cumplimiento al mandato contenido en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, se negaron a realizar los actos tendientes para que se dé uso a la lista de elegibles contenida en la Resolución CNSC No. 20182230072735 de 17 de julio de 2018 que ellas integran, para ocupar las vacantes de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, que se generaron luego de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF.

100. Por su parte, Lina María Arango Giraldo (expediente T-8.326.535) solicitó la protección de sus derechos fundamentales de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos. La accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales porque las accionadas no autorizaron el uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución 20192110072255 del 18 de junio de 2019 que ella integra, para ocupar los empleos que

cumplen con las características de equivalencias en relación con la OPEC 44335, como consecuencia de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquía.

101. Durante el trámite de revisión la Sala recibió solicitudes de nulidad por indebida integración de contradictorio en el trámite constitucional del expediente T-8.324.391. En relación con estas solicitudes, la Sala dispuso la integración del contradictorio con la vinculación de posibles terceros con interés legítimo y les otorgó la oportunidad para que ejercieran el derecho de defensa y para que precisaran si reiteraban su solicitud de nulidad. En el trámite en esta sede, los terceros vinculados no insistieron en la solicitud de nulidad y, por lo tanto, con fundamento en los principios de economía, informalidad y celeridad que rige la acción de tutela subsanaron la nulidad, razón por la que la Sala negará las solicitudes de nulidad presentadas en el expediente T-8.324.391 .

102. La Corte evaluó el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de las acciones de tutela interpuestas. La sentencia determinó que ambas acciones de tutela cumplieron con los requisitos de legitimación por activa, legitimación por pasiva e inmediatez. Sin embargo, la Corte no consideró satisfecho el requisito de subsidiariedad.

103. La Corte concluyó que las acciones de tutela presentadas son improcedentes como mecanismo para proteger los derechos invocados por las accionantes, puesto que: (i) las accionantes cuentan con otros medios judiciales para satisfacer sus pretensiones; (ii) no se acreditó un perjuicio irremediable con las características de actualidad e inminencia exigidos para ello; (iii) la presunta vulneración del debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos constituyen aspectos que pueden ser válidamente propuestos en las instancias judiciales pertinentes con el restablecimiento del derecho a que haya lugar; y (iv) no se trata de un caso en el que las accionantes se encuentren ante un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta la mera expectativa que les asistía de ser nombradas en los cargos vacantes.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante Auto de 16 de diciembre de 2021, con relación a los expedientes de tutela T-8.324.391 y T-8.326.535.

SEGUNDO.- En el expediente con radicado T- 8.324.391, NEGAR las solicitudes de nulidad presentadas en el proceso de la referencia ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, por las razones señaladas en la presente providencia.

TERCERO.- En el expediente con radicado T- 8.324.391, REVOCAR el fallo de tutela proferido el 17 de septiembre de 2020, por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante el cual se revocó la sentencia proferida en primera instancia de 10 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali, y en su lugar declarar la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela, por las razones expuestas en la presente providencia.

CUARTO.- En el expediente con radicado T- 8.326.535, REVOCAR el fallo de tutela proferido el 22 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, mediante el cual se negó el amparo de derechos, y en su lugar declarar la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela, por las razones expuestas en la presente providencia.

QUINTO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folios 3 a 29 del anexo No. 2 de las pruebas de la acción de tutela. Expediente digital remitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

2 Tal como constan en la declaración rendida por las accionantes a folio No.3, del hecho No.2 del escrito de tutela. Archivo No.1 del expediente digital SIICOR.

3 Folios 47 a 50 del anexo No. 2 de las pruebas de la acción de tutela. Expediente digital remitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

4 Manifestaciones efectuadas por las accionantes en su escrito tutelar, tal como consta en el archivo No.1 del expediente digital SIICOR.

5 La señora Ángela Marcela Rivera presentó petición el 28 de mayo de 2020. Por su parte, la señora Yoriana Astrid Peña radicó petición ante el ICBF el 24 de junio de 2020. Ver folios 16 y 17 del escrito tutelar. Folios 24 - 25 y 33 - 34 del anexo No. 3 de las pruebas de la acción de tutela. Expediente digital remitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

6 Folios 24 - 25 y 33 - 34 del anexo No. 3 de las pruebas de la acción de tutela

7 El ICBF, de esta manera, indicó que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que se hubieran expedido en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberían usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondían a los mismos empleos, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes. Folios 26 a 32 del anexo No. 3 de las pruebas de la acción de tutela.

8 Ibídem.

9 Mediante acta de reparto de 27 de julio de 2020, correspondió por competencia al Juzgado 8° Administrativo Oral de Cali. Folio 2 del cuaderno digital No.3 de la acción de tutela. Archivo digital remitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

10 Tal manifestación se lee a folio 20, numeral 20 del escrito tutelar que obra en el

expediente.

11 Folios 1 a 69 del archivo No.1 del expediente digital SIICOR.

12 Ibídem.

13 Folios 1 y 2 del archivo digital No.4 de la acción de tutela. Archivo digital remitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

14 Folio 1 al 12 del cuaderno denominado contestaciones. Archivo digital SIICOR.

15 Verificar contestación de la demanda que obra en el expediente digital SIICOR. Folio 1 al 12 del cuaderno denominado contestaciones.

16 Folios 13 a 19 del cuaderno denominado contestaciones. Archivo digital SIICOR.

17 Folios 1 a 26 del cuaderno denominado fallo de primera instancia. Archivo digital SIICOR.

18 El juzgado también concluyó que el ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil realizaron lo que por competencia les correspondía, puesto que hicieron uso de la lista de elegibles de la OPEC 34702, prevista para proveer 16 vacantes, publicada por la CNSC mediante la Resolución No. 20182230072735 del 17 de julio de 2018, que estaba conformada por 74 personas, dentro de las cuales las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, ocuparon las posiciones No. 24 y 25.

19 Ibídem.

20 Folios 1 al 1 del cuaderno denominado fallo de segunda instancia. Archivo digital SIICOR

21 En consecuencia, el juzgado ordenó: (i) al ICBF que, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia informe a la CNSC sobre las vacantes existentes a 31 de julio de 2020 del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 en cualquier ubicación geográfica; (ii) una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los tres días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No. 433 de 2016-ICBF, no fueron nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS y cuyas listas vencían el pasado 31 de julio de 2020, la que deberá remitir al ICBF

dentro de los dos días siguientes; y (iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del ICBF, éste procederá dentro de los 2 días siguientes a publicarla para que los aspirantes escojan sede (ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.

22 Tal como consta en los hechos narrados en el escrito tutelar folios 1 al 11. Archivo digital SIICOR.

23 Ibídem.

24 Folios 1 al 4 del anexo de la tutela. Archivo digital SIICOR.

25 Tal como consta en el hecho 7 folio 4 narrado en el escrito tutelar. Archivo digital SIICOR.

26 Tal como consta en el hecho 8 folios 4 y 5 narrado en el escrito tutelar. Archivo digital SIICOR.

28 Con requisito de formación académica: título profesional en disciplina académica del núcleo básico del conocimiento: psicología o afines.

29 Ibídem.

30 Folios 1 a 3 de los anexos del escrito tutelar que obra en el expediente digital SIICOR

31 Escrito tutelar a folios 1 al 11 del expediente digital SIICOR.

32 La accionante sostuvo que pretendía que (i) se ordenara a la CNSC que diera respuesta antes del 4 de julio de 2021 a la solicitud de autorización elevada por la Alcaldía de Medellín para usar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20192110072255 del 18 de junio de 2019, con el fin proveer los empleos 21902638 OPEC 45220, 21902646 OPEC 45117, 21902647 OPEC 45138 y 21902712 OPEC 45162, que tienen carácter de equivalencia con la OPEC 44335, según el estudio realizado por la Alcaldía de Medellín y que se identifica con el código APE del 15 de enero de 2021; y (ii) así mismo, en caso de que la respuesta dada al municipio de Medellín por parte de la CNSC sea afirmativa, se le ordene a la Alcaldía de Medellín hacer uso de la lista de elegibles de la OPEC 44335 contenida en la Resolución No. 20192110072255 del 18 de junio de 2019, efectuándose su nombramiento en periodo de

prueba, ya que con la reclasificación dada durante los nombramientos efectuados anteriormente ocupa el lugar número 1.

33 Folios 1 al 3 del auto admisorio. Archivo digital SIICOR.

34 “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

35 Folios 1 al 35 de la contestación anexa al archivo digital SIICOR.

36 Folios 1 al 15 de la contestación anexa al archivo digital SIICOR.

37 Folios 1 a 5 anexo al expediente digital SIICOR.

38 Folios 1 a 7 anexo al expediente digital SIICOR.

39 Folios 1 a 37 de la sentencia que obra en el archivo digital SIICOR.

40 En este caso, los escritos señalan que se han visto afectadas por la decisión adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, toda vez que, en cumplimiento de dicha providencia fueron retiradas de los cargos que ocupaban en provisionalidad.

41 En este punto debe precisarse que el expediente de la referencia fue repartido en primera medida al magistrado Alberto Rojas Ríos. Sin embargo, en virtud de la terminación de su periodo constitucional el 10 de febrero de 2022, la nueva magistrada ponente es Natalia Ángel Cabo.

42 Expediente digital SIICOR.

43 Folios 1 a 6 del oficio 20221400017661.

44 Expediente digital “1.11RespuestaMarthaAcuna.pdf.”.

45 Expediente digital SIICOR.

46 Expediente digital SIICOR.

47 Oficio en un folio, en el cual se anexa link de consulta de la respuesta allegada.

Expediente digital SIICOR.

48 Expediente digital SIICOR.

49 Se trata de la acción de tutela interpuesta por Yennifer Brand Cáceres, en calidad de elegible en posición No. 22 de la misma convocatoria y Opec (posición No. 2 según recomposición automática, quien promovió tutela contra el municipio de Medellín y la CNSC con el fin de que se le nombre mediante el uso de la lista en otra vacante definitiva, en aplicación de la Ley 1960 de 2019. Expediente con radicado No. 05001310900220200010900. En sentencia No. 186 de 2020, se ordenó tutelar sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, al trabajo, a la igualdad y acceso a la carrera administrativa para ocupar cargos públicos.

50 Expediente digital SIICOR.

51 “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

52 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

53 La Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha resuelto solicitudes de nulidad presentadas con anterioridad al fallo como cuestiones previas en la sentencia. Sobre el particular ver: Sentencia T-661 de 2014, Sentencia SU-439 de 2017, Sentencia T-159 de 2019, Sentencia T-081 de 2021, entre otras.

54 Martha Patricia Acuña Arévalo solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que decretara la nulidad de la sentencia de segunda instancia proferida el 17 de septiembre de 2020. Lo anterior, al considerar que el trámite se encuentra viciado de conformidad con el numeral 8 del artículo 133 del CGP.

55 Elizabeth Rodríguez Garnica solicitó la nulidad de la sentencia al considerar que el trámite constitucional se encuentra viciado en atención a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 133 del CGP. Asimismo, manifestó que se considera víctima por cuanto la decisión le había generado serios perjuicios, puesto que, en cumplimiento de dicha decisión judicial, fue separada del cargo que desempeñaba.

56 Gloria Patricia Hoyos solicitó declarar la nulidad procesal en razón a que “no fue vinculada al proceso de tutela como persona que directa o indirectamente se vería afectada por los resultados del proceso de tutela”.

57 Se reitera que el expediente de la referencia fue repartido en primera medida al magistrado Alberto Rojas Ríos. Sin embargo, en virtud de la terminación de su periodo constitucional el 10 de febrero de 2022, la nueva magistrada ponente es Natalia Ángel Cabo.

58 Auto 252 de 2007, reiterado en Sentencia T-159 de 2019.

59 Auto 229 de 2003, reiterado en Sentencia T-159 de 2019.

60 Sentencia SU-439 de 2017.

61 Autos 521 de 2019, 159 de 2019, 553 de 2021, 828 de 2021, 1087 de 2022.

62 Esta postura ha sido reiterada en varias providencias de la Corte Constitucional. Algunas de ellas son: Auto 159 de 2018; Auto 301 de 2019, Auto 318 de 2021; y Auto 1066 de 2021.

63 Autos 088 de 2016 y 002 de 2017.

64 Autos 024 de 2019, 287 de 2019 y 553 de 2021.

65 Auto 099A de 2006.

66 Auto 487 de 2018.

67 Esta postura ha sido reiterada en el Auto 281 de 2010 y el Auto 487 de 2018.

68 Sentencia C-537 de 2016.

69 Una ampliación de estas intervenciones podrá consultarse en el acápite correspondiente a las Pruebas allegadas en el trámite tutelar del expediente T-8.324.391.

70 “Artículo 106. Sobre las nulidades. Una vez presentada oportunamente una solicitud de nulidad y previa comunicación a los interesados, la misma deberá ser resuelta por la Sala Plena de acuerdo con las siguientes reglas: a. Si la nulidad se invoca con anterioridad a la

sentencia, la misma podrá ser decidida en dicha providencia o en un auto separado. Si la nulidad se refiere a aspectos meramente de trámite se resolverá en auto. En este último caso, la decisión se adoptará en los quince días siguientes al envío de la solicitud al magistrado ponente por la Secretaría General”.

71 Sentencia T-336 de 2020; Sentencia T-256 de 2019; Sentencia T-427 de 2018; Sentencia T-399 de 2015.

72 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

73 Sentencia T-565 de 2019 y Sentencia T-176 de 2018.

74 Sentencia T-565 de 2019.

75 Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006 se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

76 “Artículo 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

77 Ley 909 de 2004. “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. (...)” y “Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán

con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos”.

79 Sentencia T-565 de 2019.

80 Sentencia SU-108 de 2018.

81 Sentencia T-176 de 2018.

82 Sentencia T-602 de 2011.

83 Ver entre otros, las sentencias T- 090 de 2013, T-425 de 2019 y T-059 de 2019.

84 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

85 Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T- 610 de 2017 sostuvo que: “el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho”.

86 Sentencia T-340 de 2020.

87 Sentencia T- 244 de 2010.

88 “Por el cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

89 Sentencia T-340 de 2019.

90 Artículo 229 del CPACA.

91 En efecto, en esa oportunidad la Sala estableció la procedencia de la acción de tutela al

tener en consideración los siguientes factores en conjunto: (i) el tiempo de vigencia de la lista, la cual estaba próxima a vencerse; (ii) la ineficacia de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo; y (iii) la necesidad de que la Corte realizara precisiones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019, de acuerdo con la solicitud de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

92 Sentencia T-161 de 2017.

93 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

94 “Por el cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.