

Rama Judicial
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo
Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN CECILIA PLATA JIMENEZ

Riohacha, Distrito Especial, Turístico y Cultural, veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Medio de control: Nulidad Electoral

Demandantes: Álvaro José Amaya López - Cielo Margarita Vega Redondo

Demandado: Acto de nombramiento de la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán en el cargo de carrera administrativa de la planta global del ICBF, defensor de familia código 2125, grado 17, Centro zonal Riohacha No2, expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Vinculados: Nación- Comisión Nacional del Servicio Civil, Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

Coadyuvante de la parte actora: Kathleen Alexandra Herrera Flórez

Radicación acumulados: 44-001-23-40-000-2020-00261-00 - 44-001-23-40-000-

2020-00321-00. Instancia: Única

ASUNTO

El Tribunal Administrativo de La Guajira, dicta sentencia de única instancia en los procesos acumulados dentro del medio de control de la referencia.

I. Antecedentes

1.1. Hechos (fl.13-21(2020-00261-00) / fl. 151-155 (2020-00321-00)

Como supuestos fácticos de las demandas, en síntesis la parte actora expone los siguientes:

Señalan que la Comisión Nacional del Servicio Civil - en adelante CNSC- mediante el Acuerdo No CNSC 2016000001376 del 5 de septiembre de 2016 dio apertura a la convocatoria 433 de 2016, para proveer a través de concurso de méritos los empleos vacantes del sistema general de carrera administrativa de la planta personal del ICBF, donde se ofertaron cuatro (4) vacantes para el cargo de defensor de familia con número de OPEC 34714, Código 2125, grado 17, para la ciudad de Riohacha La Guajira.

Indican que a través de Decreto 1479 de 2017 fueron suprimidos unos cargos en la planta temporal y se crearon unos cargos en la planta global, en tal razón fue suprimido un cargo de Defensor de Familia de la Regional La Guajira centro zonal Maicao y Riohacha; pese a ello, se conformó la lista de elegibles para crear una planta temporal dentro de la entidad como resultado de la Convocatoria No. PT-DF-001 dado que la CNSC certificó que no existía la lista de elegibles para la provisión de 3.737 cargos creados en la planta de personal del ICBF dentro de los cuales estaba el cargo de defensor de familia de Maicao y Riohacha la Guajira.

Aducen que posterior a la creación de los cargos a través del Decreto 1479 de 2017, se conformó, mediante acto administrativo CNSC Resolución No 20182230073615 de fecha 18 de julio de 2018 el registró y/o lista de elegibles para proveer cuatro (4) cargos en el empleo de defensor de familia código 2125, grado 17, de carrera administrativa de la planta global personal del ICBF para la ciudad de Riohacha La Guajira, OPEC 34714, entre los cuales no quedó la señora Barros Iguarán, toda vez que ocupó el quinto puesto.

Advierten que la señora Barros Iguarán presentó acción de tutela contra el ICBF, la cual correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha quien mediante sentencia adiada 22 de mayo de 2020, en aplicación de la Ley 1960 de 2019, ordenó el nombramiento de la accionante en el cargo de Defensor de Familia del Centro Zonal Riohacha No. 2, lo cual tuvo lugar a través de Resolución 3722 de 04 de Junio de 2020.

Informan que el fallo de tutela fue revocado por el Tribunal Superior de Riohacha, motivo por el cual a través de la Resolución 4211 de 21 de Julio de 2020 el Secretario General del ICBF declaró la pérdida de fuerza ejecutoria del acto de nombramiento de la accionante.

Manifiestan que a través de la Resolución 4212 de julio 21 de 2020 expedida por el secretario general del ICBF publicada el 22 de julio de 2020 en la página web del ICBF, la señora Barros Iguarán fue nombrada en el cargo de defensor de familia del Centro zonal Riohacha No2 La Guajira.

Precisan que en la resolución antes anotada, según lo informado por la CNSC a través de los oficios con radicados 20202230549411 del 24 de julio de 2020 y 20202230543131 del 22 de julio de 2020 la autorización de usar la lista de elegibles se había realizado con fundamento en la orden judicial.

Arguyen que el ICBF no podía incluir los 328 cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 y puntualmente el cargo de defensor de familia del centro zonal Riohacha La Guajira para ser provistos con la convocatoria 433 del 5 de septiembre 2016, en razón a que tales cargos fueron creados en aplicación de la Ley 1837 de 2017 y del Decreto 1479 de 2017.

Sostienen que el ICBF al nombrar a la señora Barros Iguarán mediante Resolución 4212 del 21 de julio de 2020 usurpó atributos del legislador, pues aplicó retroactivamente la Ley 1960 de 2019 y desconoció la sentencia SU-446 de 2011; en contravía de los derechos de las personas que tenían derecho al concurso por ascenso.

Alegan que existe un precedente judicial del mismo Tribunal Administrativo de La Guajira donde tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la Ley 1906 de junio 27 de 2019, en lo que respecta a la lista de elegibles de la convocatoria 433 de 2016 en cargos creados con el Decreto 1479 de 2017.

1.2. Las pretensiones

De conformidad con la situación fáctica antes expuesta, los demandantes a través del medio de control de la referencia solicitan:

2020-00261-00 fl. 12

"PRIMERO: Que se realice control de legalidad al acto administrativo Resolución 3722 del 4 de junio de 2020 expedido por el Secretario general del ICBF que no reúne las condiciones legales ni constitucionales para estar en el ordenamiento jurídico Colombiano y como consecuencia se declare NULO los actos administrativos denominados Resolución 3722 del 4 de junio de 2020 y la resolución 4212 del 21 de julio de 2020 expedidos por el Secretario general del ICBF mediante el cual nombró a la señora RUTH BARROS IGUARAN en el cargo de defensor de familia del Centro zonal Riohacha No2 La Guajira.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad del acto administrativo de posesión derivado de la resolución 4212 del 21 de julio de 2020 expedido por el Secretario general del ICBF mediante el cual nombró a la señora RUTH BARROS IGUARAN en el cargo de defensor de familia del Centro zonal Riohacha No2 La Guajira en la OPEC 34715 (sic)."

2020-00321-00 fl. 150

- **"1. INAPLIQUE POR INCONSTITUCIONAL** el criterio de unificación del 16 de enero de 2020 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- 2. Que se realice control de legalidad al acto administrativo la resolución 4212 del 21 de julio de 2020 expedidos por el Secretario general del ICBF mediante el cual nombró a la señora RUTH BARROS IGUARAN en el cargo de defensor de familia del Centro zonal Riohacha No2 La Guajira, cargo creado mediante el decreto 1479 de 2017, que dicho acto administrativo contradice la constitución, la ley y los decretos reglamentarios de la carrera administrativa como también contradice lo plasmado en el acuerdo de la convocatoria 433 de 2016 por lo cual dicho acto va en contra vía del ordenamiento jurídico Colombiano.
- 3. Y como consecuencia del control de legalidad en mención se declare NULO la resolución 4212 de 21 de julio de 2020 expedido por el Secretario general del ICBF mediante el cual nombró a la señora RUTH BARROS IGUARAN en el cargo de defensor de familia del Centro zonal Riohacha No2 La Guajira en la OPEC 34715 (sic)."

En esta oportunidad se advierte que a través de la providencias de fechas agosto 24 de 2020 (fl. 148-164) y septiembre 8 de 2020 (fl. 217-231), se excluyó la pretensión de nulidad del acta de posesión, pues no es un acto administrativo susceptible de control judicial.

Así mismo, por medio del auto de fecha enero 22 de 2021 se declaró probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales frente a la Resolución No. 3722 de 4 de junio de 2020 "por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones", (fl. 1510-1525 exp. 00261), decisión que se encuentra ejecutoriada, motivo por el cual, dicha pretensión también queda excluida del control de nulidad electoral que ocupa la atención de la Sala.

1.3. Normas violadas y concepto de violación (fl. 21-24 / 155-158)

La parte demandante señala que con la expedición del acto administrativo demandado resultaron vulneradas las siguientes disposiciones normativas:

- -. Artículos 1, 2, 3, 6, 13, 15, 21, 23, 15, 29, 40 numeral 7, 125, 209, 215 de la Constitución Política de 1991.
- -. Ratio decidendi de la sentencia de unificación SU-466 de 2011.
- -. Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", artículo 3.
- -. Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.", artículo 31.
- -. Acuerdo No. CNSC 201610000001376 de septiembre 5 de 2016, "Por el cual se convoca a concurso abierto de mérito para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal del ICBF, convocatoria 433 de 2016."

- -. Decreto 1894 del 2012 -compilado dentro del decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."-
- -. Ley 1960 de 2019 "Por el cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones".

Acorde con lo anterior, sostiene que el acto administrativo demandado es nulo porque fue expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, pues desconoce las disposiciones de los artículos contenidos en la Constitución Política antes mencionadas, de igual forma, en razón a que es producto o consecuencia de la errada interpretación retroactiva de la Ley 1960 de 2019 por parte de la CNSC, desconoce abiertamente la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación SU-466 de 2011, lo que conllevó a que la señora Barros Iguarán fuera nombrarla en el cargo de defensor de familia en la regional Guajira creado a través del Decreto 1479 de 2017 por el cual no concursó.

1.4. Coadyuvante de la parte actora.

Kathleen Alexandra Herrera Flórez (fl. 333-354).

Manifiesta que coadyuva la demanda de nulidad electoral incoada contra el acto administrativo contenido en la resolución 4212 del 21 de julio de 2020 expedido por el secretario general del ICBF mediante el cual nombró a la señora Ruth Barros Iguarán en el cargo de defensor de familia del Centro zonal Riohacha No2 La Guajira; frente a los hechos expuestos por los actores afirma que son ciertos con excepción del undécimo y décimo segundo pues señala son parcialmente ciertos y el décimo séptimo no es cierto, toda vez que la señora Barros Iguarán se posesionó el día 6 de agosto de 2020.

En lo que atañe a las pretensiones de la demanda y fundamentos jurídicos coadyuva en su integridad los expuestos por la parte actora.

1.5. Contestación de la demanda

1.5.1. Ruth Fidelia Barros Iguarán (fl. 759-767 / 257-269).

Actuando en nombre propio y estando dentro de la oportunidad legal presentó contestación de la demanda, sosteniendo frente a los hechos que los correspondientes a los numerales 1, 2, 4, 5, 7, 9 y 10 son ciertos, el 3 y 6 parcialmente cierto, en razón a que ningún cargo de carrera administrativa puede ser asumido en propiedad sino está precedido de un concurso de méritos realizado conforme a las previsiones constitucionales y legales, además que no se puede hablar de mérito cuando se accede a un cargo bajo la modalidad de provisionalidad, así mismo, afirma que si bien interpuso la acción de tutela a la que se refiere la parte actora, lo cierto es que el fallo de la misma nunca ordenó su nombramiento como falazmente lo quiere hacer ver la parte actora, sino que se realizaran los trámites necesarios y legales para que se procediera a utilizar la lista de elegible de acuerdo al concepto y criterios emanados de la CNSC.

En cuanto a los hechos 8, 11, 12 y 14 señala que son falsos, toda vez que la utilización de la lista de elegibles no fue producto de la acción de tutela sino de lo dispuesto por la CNSC en sus referidos conceptos, pues el ICBF solicitó la utilización de la lista de elegible para proveer dos (2) vacantes de Defensores de Familia en la

ciudad de Riohacha el día 17 de abril y recibió la autorización el día 21 de mayo de 2020, es decir antes de que fuera proferido el fallo de tutela en primera instancia.

De igual forma, se pronunció frente a los hechos 13 y 17 indicando que son irrelevantes y 15, 16 y 18 no son hechos.

En lo que atañe a la pretensión de la parte actora, se opone a la prosperidad de la misma al considerar que la lista de elegible utilizada por el ICBF para su nombramiento y el de la persona que le seguía en la lista fue producto del cumplimiento del ICBF del mandato expedido por la CNSC en el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y no de una orden de la juez segunda civil del circuito de Riohacha vía acción de tutela, quedando con ello acreditado que el ICBF cumplió con el marco legal establecido en ese momento, por lo tanto, la resolución de su nombramiento no tiene ningún vicio que le genere nulidad.

Seguidamente, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ colige que no existe ninguna clase de ilegalidad ni en su acto de nombramiento, ni mucho menos en la interpretación que de manera aceptada y basada en los principios constitucionales ha realizado la Comisión Nacional del Servicio Civil, que llevaron al ICBF a acatar como le correspondía las directrices emanadas de este organismo como máxima entidad reguladora del concurso, razón por la cual solicita despachar desfavorablemente la pretensión de la demanda

1.5.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fl.395-403 273-289).

Actuando a través de apoderado judicial presentó dentro de la oportunidad legal contestación de la demanda, indicando frente a los hechos 2, 5, 6, 7, 9, 10 y 12 que son ciertos, el 1, 14 al 18 no son hechos, sino suposiciones, alegatos, manifestaciones personal de la parte actora, 4 y 13 se atiene a lo que resulte probado en el proceso; aduce que la redacción del 11 es confusa, por lo tanto, no es cierto la forma como está presentado, el 8 se atiene a lo indicado en el fallo de tutela y la Resolución No. 3722 de junio 4 de 2020 y el 3 es parcialmente cierto, en razón a que a través del Decreto 1479 de 2017 se suprimió la planta de personal de carácter temporal y se modificó la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras", sin embargo, en lo que atañe a la afirmación de la Convocatoria abierta PT-DF 001 no es claro en su tenor literal, por lo tanto, frente a ello se atiene a lo que resulte probado una vez se haga claridad sobre el mismo.

En lo que corresponde a las pretensiones de la demanda, sostiene que se opone a su prosperidad por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos frente a lo que le compete a su prohijada, pues sus actuaciones se ajustaron a la ley y a los mandatos constitucionales.

Seguidamente, como fundamento de defensa, luego de exponer el contenido normativo previsto en la Constitución Política artículo 25, Ley 909 de 2004, Decreto 1083 de 2015, Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado de la CNSC de fecha 16 de enero de 2020, concluyó que el ICBF recorrió todas las normas puestas en consideración, dando cumplimiento a las mismas, para poder hacer uso de la lista de elegibles de la convocatoria 433 de 2016 y efectuar el nombramiento hoy cuestionado.

Página 5 de 27

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección A. C.P. Maria Adriana Marin. Rad:11001-03-15-000-2020-01727-00 del 19 de junio de 2020

En ese sentido, afirma que al revisar el acto administrativo de nombramiento de la señora Barros Iguarán, quien aparece en quinto lugar en la lista de elegibles, observa que se encuentra debidamente motivado, pues contiene aquellas razones en que se soporta el mismo, como es esencialmente la realización de un concurso abierto de méritos descrito como Convocatoria 433 de 2016, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1.5.3. Comisión Nacional del Servicio Civil (fl.1125-1207 / 451-535)

Actuando a través de apoderado judicial presentó dentro de la oportunidad legal contestación de la demanda, indicando frente a los hechos 1, 3, 9, 8, 10, 17 y 18 que no le consta, el 2, 5 y 7 son ciertos, 4, 6, 13 y 16 son parcialmente ciertos, el 11 y 12 no son ciertos, el 14 y 15 no son hechos, posiciones que luego de ser ampliamente sustentadas, concluye que aun cuando no le conste que se haya expedido la Resolución No. 4212 del 21 de Julio de 2020 mediante la cual supuestamente se nombró a la demandada, debido a que se trata de un acto administrativo de contenido particular, expedido por una autoridad pública distinta a su representada y del cual no tuvo injerencia ni participación, lo cierto es que en el evento en que se hubiese expedido el mencionado acto administrativo por parte del ICBF, el mismo se encuentra ajustado a derecho, debido a que su fundamento jurídico no fue el fallo de tutela de primera instancia, sino lo preceptuado en el artículo 6 y 7 de la Ley 1960 del 2019, en virtud del cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el criterio Unificado del 16 de enero del 2020.

En ese sentido, sostiene que lo anterior atañe a que una vez fue radicada en la CNSC, el escrito por medio del cual el ICBF solicitó el uso de lista de elegibles para la provisión definitiva de dos vacantes (2) del empleo identificado con el Código OPEC Nro. 34714 y una vacante (1) del empleo identificado con el Código OPEC Nro.35808, ofertadas en el marco de la Convocatoria Nro. 433 de 2016, en cumplimiento del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, su representada procedió a dar respuesta mediante radicado 20201020408971 del 19 de mayo del 2020, en los términos antes citados.

En lo que corresponde a las pretensiones de la demanda, sostiene que se opone a su prosperidad y por contera solicita su rechazo, teniendo en cuenta que las pretensiones de nulidad esbozadas en la demanda, se dirigen en contra de actos administrativos de contenido particular, expedidos por una entidad pública distinta a la CNSC, en el que su representada no tuvo injerencia ni participación en su formación.

1.5.4. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (fl. 1237-1250 / 238-246).

Actuando a través de apoderado judicial presentó dentro de la oportunidad legal contestación de la demanda, indicando frente a los hechos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 13 y 17 que son ciertos, pues del primero se desprende la independencia y ausencia de solidaridad entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el 3, 8 y 12 no son ciertos, pues del Decreto 1479 de septiembre 4 de 2017 no se observa que haya sido suprimido el cargo de Defensor de familia de la regional La Guajira centro zonal Maicao y Riohacha y ii) tampoco se evidencia que hayan sido nombradas personas de alguna convocatoria en particular. De igual forma, sostiene que de la lectura de la Resolución 3722 de 4 de junio de 2020, encuentra que sus fundamentos de hecho

y de derecho para la fecha de su emisión estaban en firme, es decir no habían sido revocados, además el documento con radicado 20202230549411 de 24 de julio de 2020 emitido por la CNSC, en el que la parte actora hace alusión a la ausencia de piso jurídico ello no es cierto que se mencione en dicho documento

Frente a los hechos 7, 11 y 18 señala no les consta y del 14 al 16 no son hechos.

Seguidamente se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que no hay argumento jurídico, ni probatorio que sustente la realización de juicio alguno de legalidad sobre la Resolución 4212 de 21 de julio de 2020 "Por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones", en el marco del medio de control de nulidad electoral

De igual forma, sostiene que hay carencia absoluta de nexo entre las funciones que desarrolla el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y las que realiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pese a pertenecer las dos entidades al sector de inclusión social y reconciliación, no hay solidaridad entre una y otra entidad, frente a la responsabilidad derivada ni por la emisión, ni por los efectos de los actos administrativos que tienen que ver con provisión de personal.

1.6. Trámite procesal

Sometidos a reparto los medios de control de nulidad electoral de la referencia, su conocimiento correspondió a los despachos 001 con radicado: 44-001-23-40-000-2020-00261-00 (fl. 132) y 002 bajo el radicado No. 44-001-23-40-000-2020-00321-00 (fl.129), en ese sentido, previa inadmisión y subsanación de la demanda, el tribunal a través de las providencias adiadas agosto 24 de 2020 (fl. 148-164) y septiembre 8 de 2020 (fl. 217-231), resolvió admitir la demanda, negar la medida cautelar solicitada por la parte actora y a su vez, ordenaron efectuar las notificaciones a los sujetos procesales convocados a la litis, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, decisión que fue objeto de aclaración por la honorable Magistrada titular del despacho 003 doctora Hirina Del Rosario Meza Rhénals, sin embargo, no se advierte que por secretaría se haya incorporado al expediente 2020-00261-00, razón por la cual y con la finalidad de no alterar la foliatura, se ordenará a la secretaria del tribunal incorporar la aclaración en mención y asignarle el folio 164ª y literales siguientes si dicho documento está integrado por más de un folio.

Cumplidas las notificaciones ordenadas (fl.165-168 exp. 00261) y (fl. 232-235 exp. 0321) y estando en traslado la demanda por una parte la señora Kathleen Alexandra Herrera Flórez, presentó solicitud de coayuvancia de la parte actora (fl. 1260-1281) y por otra fueron allegadas a los expedientes las siguientes contestaciones:

-. La señora Ruth Fidelia Barros Iguaran el 26 de agosto de 2020 (fl. 758-767, exp. 00261) y 1 de octubre de 2020 (fl. 256-269, exp. 0321), el Departamento Administrativo de la Prosperidad Social el 24 de septiembre de 2020 (fl.1219/ 1237-1259 exp. 00261) y 29 de septiembre de 2020 (fl. 237-246, exp. 0321), la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de septiembre de 2020 (fl. 1122-1207, exp. 00261) y 14 de octubre de 2020 (fl. 283-367, exp. 0321) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 15 y 16 de septiembre y 26 de octubre de 2020 (fl. 394-403, 1209-1212, 1349-1390 exp. 00261).

Seguidamente, por auto de octubre 30 de 2020, se ordenó a la secretaria general de la corporación certificar sí contra el mismo acto demandado por el señor Álvaro José Amaya López existía más de una demanda cursando ante el tribunal (fl.1425-1426 exp. 00261), ante lo cual emitió la certificación visible a folio 1424, donde se hace constar la existencia de otro medio de control de nulidad electoral con iguales pretensiones a las incoadas por el señor Álvaro José Amaya López.

Acorde con lo anterior, se ordenó a través de auto de fecha 9 de noviembre de 2020, la acumulación de los medios de control incoados por los señores Álvaro José Amaya López y Cielo Margarita Vega Redondo, bajo los radicados 44-001-23-40-000-2020-00261-00 y 44-001-23-40-000-2020-00321-00 y se dispuso realizar sorteo de los procesos entre los despachos a quienes por reparto les correspondió su conocimiento (fl. 1429-1433 exp. 00261).

Surtido el sorteo, correspondió su conocimiento al despacho ponente (fl.1464 exp. 00261), quien continúo con el trámite de los procesos acumulados, en tal razón, el 1 de diciembre de 2020, emitió pronunciamiento frente a los recursos de reposición presentados por el ICBF y DPS contra el auto por medio del cual se resolvió admitir la demanda, en el sentido de rechazar por improcedente los recursos de reposición interpuestos (fl. 1466-1470 exp. 00261).

Ejecutoriada la anterior decisión y atendiendo las disposiciones del Decreto 806 de 2020, se resolvieron por auto de fecha enero 22 de 2021 las excepciones previas, formuladas por el DPS y CNSC (fl. 1510-1525 exp. 00261), pues frente al ICBF se indicó en dicha providencia que había contestado la demanda de manera extemporánea, toda vez que, а través del correo electrónico notificaciones.judiciales@icbf.gov.co fue notificado del auto admisorio de la demanda el 26 de agosto de 2020 (fl.165 exp. 00261), por tanto, el término concedido de quince (15) días para contestar la demanda, acorde con lo establecido en el artículo 279 y el literal f del 277 del CPACA, iniciaba tres (3) días después de su notificación, es decir que dicho lapso estaba comprendido entre el 1 al 21 de septiembre de 2020, sin embargo, la contestación de la demanda sólo fue presentada el 26 de octubre de 2020 (fl. 1349-1390 exp. 00261), sin que se advirtiera contestación de la demanda dentro del expediente con radicado 2020-00321-00, tal como se coligió de la revisión de la foliatura y la nota secretarial visible a folio 373.

Inconforme con la anterior decisión los apoderados de la CNSC y el ICBF presentaron recurso de reposición (fl.1528-1531) e incidente de nulidad (fl. 1539-1545 / 1555- 1560) respetivamente, actuaciones frente a las cuales el despacho ponente emitió pronunciamiento a través de la providencia de fecha febrero 26 de 2021 en el sentido de abstenerse de dar trámite al recurso de reposición bajo los postulados del recurso de súplica, pues al analizar la actuación judicial por medio del cual se resolvieron las excepciones previas (auto del 22 de enero de 2021), se encontró que el argumento bajo el cual se sustentaba el recurso quedaba totalmente desvirtuado, por lo tanto, dando prelación al derecho sustancial sobre el procedimental, se sostuvo que atendiendo los términos perentorios que constitucionalmente se han dispuesto para decidir de fondo el medio de control de nulidad electoral se hacía innecesario dar trámite al recurso de reposición bajo los postulados del recurso de súplica, pues resultaría desproporcionado imprimir un trámite bajo unos supuestos fácticos que no se acompasaban con la realidad procesal; decisión que fue debidamente notificada a todos los sujetos procesales, quienes no interpusieron contra la misma recurso alguno, así mismo, se dispuso fijar fecha para realizar la audiencia inicial donde se podían sanear las irregularidades

planteadas por el ICBF en el incidente de nulidad al momento de realizar el saneamiento del proceso (fl. 1562-1569)

La audiencia inicial se desarrolló el 8 de marzo de la presente anualidad, donde en la etapa del saneamiento del proceso se resolvieron las excepciones previas formuladas por el ICBF, seguidamente se efectuó la fijación del litigio e incorporación de pruebas documentales y se negaron las pruebas innecesarias e impertinentes solicitadas tanto por la parte actora como por el DAPS.

Culminada la etapa probatoria, en la audiencia inicial se resolvió prescindir de la audiencia de alegatos y juzgamiento de que trata el artículo 286 del CPACA y en aplicación de los principios de celeridad, economía procesal, prevalencia de lo sustancial, eficacia, efectividad de los derechos y con sujeción a los criterios generales aplicados al expedirse el decreto 806 de 2020, encaminados a agilizar el trámite de los procesos judiciales, -como forma de contrarrestar la congestión judicial que naturalmente incrementó la suspensión de términos ordenada con fundamento en la emergencia sanitaria- como medida para evitar el contacto físico y para prevenir la propagación de la pandemia, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión y el concepto de fondo (fl. 1598-1611).

1.6.1. Alegatos de conclusión

1.6.1.1. Parte actora (fl. 1684-1700 / 1707-1718):

Reiteran los supuestos fácticos y normativos expuestos en los escritos de demanda y se ratifican en su pretensión de declarar la nulidad de la resolución 4212 de 21 de julio de 2020 "Por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones.

1.6.1.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fl. 1616-1620):

Reitera los supuestos fácticos y normativos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

1.6.1.3. Comisión Nacional del Servicio Civil (fl. 1623-1654):

Reitera los supuestos fácticos y normativos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

1.6.1.4. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (fl. 1703-1705):

Luego de plantearse el problema jurídico fijado en la audiencia inicial, concluyó que la respuesta al mismo es que el acto demandado no es nulo, toda vez que la parte actora no acreditó que con su expedición se haya incurrido en las causales de nulidad contenida en el artículo 137 del CPACA.

Solicita se declare probada la falta de legitimación en la causa material y se nieguen las pretensiones de la demanda, pues señala que el acto demandado, esto es, la Resolución 4212 de 21 de julio de 2020 "Por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones" se encuentra ajustada a derecho.

1.6.1.5. Ruth Fidelia Barros Iguarán (fl. 1744-1705):

Reitera los supuestos fácticos y normativos expuestos en el escrito de contestación de la demanda, los cuales refuerza con la sentencia T- 340 de 2020 proferida por la Corte Constitucional y colige solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.6.2. Concepto del Ministerio Público (fl.1656-1682):

La Agencia del Ministerio Público, luego de hacer un recuento de los antecedentes de la demanda, análisis del material probatorio, así como del marco normativo y jurisprudencial aplicable al sub lite, concluyó por una parte que en el contencioso electoral, *prima facie*, el extremo pasivo de los legitimados en la causa debe estar integrado necesariamente por la persona destinataria del acto de nombramiento o elección (nombrado o elegido) y aquel que produce el acto como entidad nominadora. Esta integración del contradictorio se justifica en el interés directo y no solamente accidental que tienen en el resultado del proceso; en virtud a que la decisión que se adopta dentro del mismo puede generarle unos determinados efectos concretos, en ese sentido solicita se declare probada la excepción de legitimación en la causa por pasiva tanto del DPS como de la CNSC.

Por otra parte, al analizar el contexto del sistema general de carrera administrativa y la utilización de listas de elegibles en los procesos de selección para la provisión de empleos así como de la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación en el tiempo del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, en concordancia con el material probatorio relevante para dilucidar el problema jurídico, arribó a las siguiente conclusión:

- En la expedición de la Resolución 4212 de 21 de Julio de 2020 a través de la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar nombró a la señora RUTH FIDELIA BARROS IGUARÁN en el empleo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, no se incurrió en expedición irregular del acto administrativo, toda vez que el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 permite utilizar las listas de elegibles para proveer cargos con vacancia definitiva que no fueron convocados inicialmente a concurso,
- La utilización de las listas en la forma consignada en la disposición que modificó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 NO ES RETROACTIVA, SINO RETROSPECTIVA y se encuentra avalada por la Corte Constitucional en la sentencia T- 340 de 21 de Agosto de 2020; y,
- NO es posible desde la expedición de la ley dar aplicación al precedente dispuesto en la sentencia SU-446 de 2011 porque: (i) dicho precedente es aplicable para el régimen especial de carrera de los empleos de la fiscalía general de la nación que gozan de normas autónomas, diferentes a los del sistema general de carrera administrativa y (ii) porque a la fecha de expedir el precedente constitucional ni siquiera era posible analizar la disposición (artículo 6º de la Ley 1960 de 2019), pues esta es posterior a la fecha de su formulación.

Por lo anterior, solicita negar las pretensiones de las demandas acumuladas de nulidad electoral incoadas por los señores Álvaro José Amaya López y Cielo Margarita Vega Redondo contra el acto de nombramiento de la señora Barros Iguarán.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 151 numeral 12² del C.P.A.C.A, el Tribunal es competente para conocer del presente asunto en **única instancia.**

2.2. Pronunciamiento sobre nulidades y presupuestos procesales.

Establecido lo anterior, se tiene que agotadas las etapas procesales propias de la instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que pueda invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a la luz de las normas legales, precedentes jurisprudenciales pertinentes y de las pruebas legalmente allegadas al expediente, adoptar la decisión que en derecho corresponda.

2.3. Problema jurídico

Aun cuando en la audiencia inicial se fijó el litigio a resolver en la presente providencia, el Tribunal en aras de garantizar el principio de congruencia le corresponde ajustar el problema jurídico, en ese sentido y atendiendo la fijación del litigio se replantea y adiciona, así:

Corresponde a la Sala establecer ¿el acto administrativo contenido en la resolución 4212 del 21 de julio de 2020, a través de la cual el Secretario General del ICBF nombró en periodo de prueba a la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán en el cargo de carrera administrativa de la planta global del ICBF, defensor de familia código 2125, grado 17, Centro zonal Riohacha No2, es nulo por incurrir en las causales de infracción de las normas en que debería fundarse y expedición irregular previstas en el artículo 137 del CPACA; o sí por contrario el acto demandado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico y por ello conserva su presunción de legalidad?

De igual forma, el Tribunal resolverá ¿sí el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 expedido por la CNSC es inconstitucional y por ende se debe inaplicar?

De responderse que el acto demandado está incurso en las causales de nulidad alegadas por la parte demandante se procederá de conformidad con lo dispuesto tanto en la ley como en la jurisprudencia.

2.4. Tesis

La tesis del Tribunal consiste en afirmar que el acto administrativo contenido en la resolución 4212 del 21 de julio de 2020, a través de la cual el Secretario General del ICBF nombró en periodo de prueba a la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán en el cargo de carrera administrativa de la planta global del ICBF, defensor de familia código 2125, grado 17, Centro zonal Riohacha No2 - La Guajira se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico y por ello conserva su presunción de legalidad.

De igual forma, el tribunal luego de analizar el marco normativo y jurisprudencial aplicable al sub lite, afirmará que el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 expedido por la CNSC no es inconstitucional y por ende no hay lugar a su inaplicación.

Por lo anterior, la decisión del Tribunal no puede ser otra que la de negar la pretensión de nulidad del acto administrativo sometido a control de legalidad, a

² "12. De los de nulidad contra el acto de elección de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional, los entes autónomos y las comisiones de regulación."

través del contencioso electoral que ocupa la atención de la Sala, atendiendo las razones normativas, jurisprudenciales y fácticas que se pasan a exponer a continuación.

2.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al sub judice

El artículo 151 dispone que los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

" (...)

12. De los de nulidad contra el acto de elección de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional, los entes autónomos y las comisiones de regulación." (Negrilla ajena al texto)

A su turno, el artículo el artículo 139 la acción de nulidad electoral, a través de la cual dispone:

"Artículo 139. Nulidad Electoral. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas." (Negrilla ajena al texto)

Seguidamente, el CPACA en su título VIII se ocupó de regular las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral, señalando en su artículo 275 las causales de anulación electoral, en el sentido de disponer que "Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...)"

A su turno, el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia se ha ocupado de analizar el objeto y las causales de nulidad electoral indicando al respecto:

"(...) La acción de nulidad electoral en términos de la Constitución Política artículo 237, o el medio de control de nulidad electoral como lo denomina el artículo 139 del CPACA, ha sido edificada para restablecer el orden jurídico y fungir como medida correctiva para preservar el principio de legalidad (en este sentido amplio que abarca la confrontación con la Constitución Política y con la normativa legal pertinente). Con ella se busca determinar si los actos que declaran una elección, hacen un nombramiento o una designación, se encuentran viciados de nulidad".³

Establecido lo anterior y atendiendo que estamos ante hechos acaecidos en virtud del Acuerdo CNCS 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal del ICBF, convocatoria 433 de 2016 y en razón de la cual resultó nombrada en periodo de prueba la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán a través de la resolución 4212 del 21 de julio de 2020, en el cargo de defensor de familia del centro zonal Riohacha no. 2 - La Guajira, es oportuno continuar con el análisis del siguiente marco normativo y jurisprudencial:

Página **12** de **27**

³ Sentencia de 9 de febrero de 2017. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandado: Cámara Internacional

El artículo 125⁴ de la Constitución Política dispone que "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.", quedando elevado a rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos, es decir, que por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público.

Sobre el principio del mérito la Corte Constitucional indica que este busca tres propósitos fundamentales, estos son:

"El **primero** de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El **segundo** es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.

El **tercer** y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador. (...)".⁵

De igual forma, sostiene la alta corporación que en desarrollo del mandato constitucional antes expuesto, el legislador expidió para el sistema general de carrera administrativa la Ley 909 de 2004, de la cual es dable resaltar el contenido del artículo 27, toda vez que definió la carrera administrativa como "un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público". Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se hará exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad.

Seguidamente, el artículo 28 ibídem enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran: el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia y finalmente, el artículo 31, estableció que el concurso de méritos estaría integrado por las siguientes etapas: i) la convocatoria, ii) el reclutamiento, iii) la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, iv) la conformación de la lista de elegibles y v) el periodo de prueba.

Frente a la lista de elegibles, el numeral 4º del artículo 31 de La ley 909 de 2004 disponía:

"4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto**

_

⁴ A través de la sentencia C-588 de 2009, se declaró inexequible el Acto Legislativo 01 de 2008, "por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política"

⁵ Sentencia T- 340 de 2020

orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso". (Negrilla ajena al texto)

Ahora, la anterior disposición normativa fue objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional, a través del Decreto 1227 de 2005, posteriormente mediante el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y finalmente fue compilado en el Decreto 1083 de 2015, norma de la cual es pertinente destacar el parágrafo 1º del artículo 2.2.5.3.2 (modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017), pues en su contenido dispone:

- "Artículo 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:
- 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
- 2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- 3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- 4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.
- Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Parágrafo 1o. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004".

A tono con lo anterior, tal como lo advierte el señor Agente del Ministerio Publico se tiene que en vigencia del texto primigenio del artículo 31 de ley 909 de 2004 y de la reglamentación que al mismo se realizara mediante los decretos 1227 de 2005, 1894 de 2012 y Decreto 1083 de 2015 (modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017, las listas de elegibles elaboradas dentro del Sistema General de Carrera Administrativa únicamente podían ser utilizadas para proveer en estricto orden de mérito (i) las vacantes ofertadas a concurso y (ii) aquellas vacancias que respecto de los mismos empleos se generaran por haber sobrevenido en el titular del mismo alguna de las causales de retiro del servicio establecidas en la ley.

No obstante, la forma de utilizar las listas de elegibles para proveer cargos del sistema general de carrera administrativa, sufrió una variante trascendental a partir de la vigencia de la Ley 1960 de junio 27 de 2019, que en su artículo 6º modificó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, ordenando,

"Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad".

En ese sentido, como lo señala el Procurador quedaron claras las siguientes situaciones:

- a) La responsabilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil de conformar la lista de elegibles en estricto orden de méritos con los resultados de la aplicación de las pruebas o instrumentos de selección en que se valoren la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes,
- **b)** El deber para las autoridades nominadoras de hacer uso de dicho acto administrativo para proveer las vacantes durante la vigencia de las mismas, que será de dos (2) años; y,
- c) La obligación para las entidades de cubrir tanto las vacantes que fueron ofertadas a concurso como <u>aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria en la misma Entidad.</u>

Posteriormente, el Decreto 498 de marzo 30 de 2020, introdujo una nueva modificación al artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, el cual quedó así:

"Artículo 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera.

(…)

Parágrafo 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad". (Subrayado Fuera de Texto).

En este orden de ideas, también resulta necesario traer a colación el contenido del artículo 130 de la Constitución Política toda vez que dispone:

"ARTICULO 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.

De igual forma, consultado el portal web⁶ de la CNSC se encontró el acuerdo 001 de 2004⁷, por el cual se aprueba y adopta el reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil, modificado por el Acuerdo de la CNSC 139 de 2010, el cual en su artículo 6 dispone:

"Artículo 6°. Funciones de la CNSC relacionadas con la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

(...)

f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;

(...)

h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;

⁶ www.cnsc.gov.co

⁷ file:///C:/Users/rogualc/Downloads/ACUERDO%20001%20DE%202004.pdf

(...)"

Frente a la naturaleza y funciones de la CNSC, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-183 de 2019 indicó:

" Dentro del régimen constitucional de la carrera, reconocida como eje definitorio de la Constitución (premisa mayor en el juicio de sustitución hecho en las Sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012), se encuentra, como no puede ser de otra manera, la existencia de un órgano constitucional responsable de hacer efectivo dicho régimen, por medio de unas competencias constitucionales. En el diseño orgánico de la Constitución, dicho órgano constitucional es la CNSC, a quien se le confía, en el artículo 130, "la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hechas de las que tengan carácter especial".

A partir de la existencia del órgano y de sus competencias, comprendidas dentro de la estructura del Estado (art. 113 CP), este tribunal destacó, como ya se pudo ver^[86], que la CNSC es un órgano autónomo e independiente, que no pertenece a ninguna rama del poder público. La preservación de esta autonomía e independencia constitucional de la CNSC, que se destaca de manera especial frente a la Rama Ejecutiva, justificó que en el decisum de la Sentencia C-372 de 1999^[87] se hubiese dispuesto que el Congreso de la República "señalará la estructura de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano autónomo e independiente, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial".

Conforme a la doctrina fijada por este tribunal en la Sentencia C-1230 de 2005 y, desde esa fecha, seguida de manera pacífica y reiterada, las competencias constitucionales reconocidas por el artículo 130 de la Constitución tienen tres características: 1) son exclusivas de la CNSC, que es el único órgano facultado por la Carta para administrar y vigilar las carreras que no tengan carácter especial; 2) la única excepción a estas competencias es, justamente, la de las carreras especiales; y 3) estas competencias no se pueden dividir ni compartir para su ejercicio^[88].

En consecuencia, el único límite que tiene para administrar o vigilar una carrera la CNSC es el de que esta tenga carácter especial. Como ya se anotó, al estudiar la Sentencia C-645 de 2017^[89], este tribunal entiende por carreras especiales, aquellas que tienen origen constitucional. Por tanto, dentro de las competencias de la CNSC están tanto la carrera general, a cuya regulación pertenece la norma que ahora se examina, como las carreras específicas, que tienen origen legal.

En consecuencia, la convocatoria al concurso hace parte de la competencia constitucional de la CNSC para administrar la carrera, competencia que es, como ya se ha dejado claro privativa de dicho órgano constitucional autónomo e independiente.

Por tanto, a juicio de este tribunal, tanto la elaboración de la convocatoria para el concurso, como sus eventuales modificaciones, corresponden de manera exclusiva y excluyente a la CNSC, dado que estas tareas se enmarcan dentro de su competencia constitucional para administrar el sistema de carrera. Atribuir estas funciones a una entidad u órgano diferente, que era la hipótesis juzgada en la Sentencia C-471 de 2013, o entender que por el hecho de que la ley prevea que el jefe de dicha entidad u órgano deba suscribir la convocatoria, éste puede elaborar la convocatoria o modificarla, resulta incompatible con la Constitución, a la luz de la antedicha ratio, que ahora se reitera, pues en ambas hipótesis se estaría privando a la CNSC de las competencias constitucionales que ostenta."

Ahora, la CNSC en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales expidió el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" del 16 de enero de 2020, por medio del cual estableció:⁸

"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la C.N.S.C. y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta Pública de Empleos de Carrera – O.P.E.C.-de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los: "mismos empleos, entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones; ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso, de selección se identifica el empleo con un número de O.P.E.C.". (Negrilla ajena al texto).

8

En virtud de dicho criterio unificado y en cumplimiento de sus funciones la CNSC expidió la circular externa No. 0001 de 2020 con destino a los Representantes Legales y Jefes de Unidades de Personal de las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, de los Sistemas Específicos y Especiales de Creación Legal que cuentan con listas de elegibles vigentes. Cuyo asunto era dar instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado "Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes.⁹

Finalmente, atendiendo que la situación fáctica y jurídica que ocupa la atención de la sala guarda similitud a la analizada por la Corte Constitucional a través de la sentencia T- 340 de 2020, donde tuvo la oportunidad de dilucidar la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, es oportuno traer a partes de dicho pronunciamiento, así:

"(…)

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

(…)

El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, "pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva" [52]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

(…)

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de

⁹ file:///C:/Users/rogualc/Downloads/20201000000017.pdf

elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

- 3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán 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 correspondan a los "mismos empleos", entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC." [55].
- 3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente."

Bajo este norte, el presente litigio se debe resolver a la luz del marco normativo y jurisprudencial esbozado en concordancia con el material probatorio como pasa a explicarse a continuación.

2.6. Caso concreto

2.6.1. Del material probatorio

Fue aportado, recaudado y que resulta relevante para dar solución a la presente litis, el siguiente material probatorio, el cual será apreciado en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica atendiendo lo dispuesto en el artículo 176 del C.G.P aplicable al sub lite por remisión expresa del artículo 296 en concordancia con el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

- -. Copia del concepto de fecha 10 de junio de 2020 radicado No 20206000226411, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública sobre lista de elegibles provisión vacantes definitivas de cargos equivalentes con convocados a concurso (fl. 53-55 / 54-56 exp. 2020-00321-00).
- -. Resolución 3722 de junio 4 de 2020 por medio de la cual el Secretario General del ICBF en cumplimiento de un fallo de tutela nombró en período de prueba a la señora Barros Iguarán en el cargo de carrera administrativa de la planta global del ICBF, defensor de familia código 2125, grado 17, Centro zonal Riohacha No2, identificado con el código OPEC 34714 (fl.71-77/464-472/ 70-78 exp. 2020-00321-00).
- -. Copia de la Resolución No. 4211 de julio 21 de 2020, por medio de la cual el Secretario General del ICBF declara la pérdida de fuerza de ejecutoria de la resolución No. 3722 de 2020, mediante la cual en cumplimiento de un fallo de tutela se nombró en periodo de prueba a la señora Barros Iguaran en el cargo de defensor

- de familia código 2125, grado 17, de la planta global del ICBF, asignado a la regional ICBF Guajira Cz Riohacha No2 (fl.65-68/502-505/ 66-69 exp. 2020-00321-00)
- -. Copia de la resolución No. 4212 de julio 21 de 2020, por medio de la cual el Secretario General del ICBF hace un nombramiento en periodo de prueba a la señora Barros Iguaran en el cargo de carrera administrativa de la planta global del ICBF, defensor de familia código 2125, grado 17, Centro zonal Riohacha No2 y se dictan otras disposiciones (fl. 56-64/506-514, fl. 80 dirección de la página web donde consta dicha resolución) / 57-65 exp. 2020-00321-00).
- -. Derecho de petición presentado por el señor Álvaro Amaya al Secretario General del ICBF por medio del cual solicita copia de la resolución de nombramiento y del acta de posesión (fl.78-79).
- -. Copia del correo electrónico enviado al señor Carlos Andrés Vega Mendoza con la finalidad de informarle la terminación del nombramiento en provisionalidad a partir del 6 de agosto de 2020, en razón a que a partir de dicha fecha tomaba posesión del cargo en período de prueba la señora Barros Iguaran (fl. 81).
- -. Oficios de fecha 22 y 24 de julio de 2020, a través del cual el Gerente de convocatorias de la Comisión Nacional del Servicio Civil responde la petición formulada por el señor Carlos Andrés Vega Mendoza (fl.82-83 fl.85-86).
- -. Copia del Acuerdo CNCS 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, por el cual se convoca a concurso abierto de mérito para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal del ICBF, convocatoria 433 de 2016, dentro del cual se encuentra en el nivel profesional el empleo de defensor de familia, código 2125, grado 17, total vacantes 762 (fl.94-119/ 216-242 / 91-116 exp. 2020-00321-00).
- -. Resolución No. CNCS 20182230073615 del 18 de julio de 2018 por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 4 vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34714, denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, del sistema general de carrera administrativa del ICBF convocatoria 433 de 2016, reglamentada por Acuerdo CNCS 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, donde se encuentra la señora Barros Iguarán en el puesto quinto (5) (fl. 120-122/404-406 / 117-119 exp. 2020-00321-00).
- -. Oficio de fecha 25 de febrero de 2020, identificado con el radicado No:202012100000049831, con el que el ICBF emitió respuesta a la petición SIM 1761751843 de fecha 04 de febrero de 2020 por medio de la cual se solicitaba la información y nombramiento en el empleo de defensor de familia, Código 2125, Grado 17, OPEC 34782 a través de la lista de elegibles. (fl.172-199).
- -. Copia del fallo de tutela proferido el 13 de abril de 2020 por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro de la acción de tutela promovida por Aura Magola Montenegro Benavides vs CNSC, ICBF y Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto (fl.248-267).
- -. Copia del fallo de tutela de segunda instancia proferido el 2 de julio de 2020 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil, Familia, Laboral

dentro de la acción de tutela promovida por Ruth Fidelia Barros Iguarán contra el ICBF y la CNSC (fl.272-286).

- -. Copia del fallo de tutela de primera instancia proferido el 22 de mayo de 2020 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Judicial de Riohacha dentro de la acción de tutela promovida por Ruth Fidelia Barros Iguarán contra el ICBF y la CNSC (fl.418-462).
- -. Copia del fallo de tutela de segunda instancia proferido el 10 de julio de 2020 por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira dentro de la acción de tutela promovida por Jorge Mauricio Donada contra el ICBF, la CNSC, vinculados el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Luis Darío Bolívar Carrillo, Manuel Orlando Mena Zapata, Andrea Marcela Segrera Ortega y Martha Elena Pacheco Rebolledo, radicación: 44-001-33-40-001-2020-00050-01 (fl.370-393).
- -. Oficios de fecha abril 17 y 20 de 2020, por medio del cual el ICBF solicita uso directo del uso de lista de elegibles convocatoria 433, en cumplimiento de la ley 1960 de 2019 y criterio unificado de la CNSC de 2020 y fallo de tutela para las vacantes que se encuentran ubicados en la Regional Guajira (fl. 408-411,417).
- -. Oficio de fecha mayo 19 de 2020, a través del cual la CNSC autoriza al ICBF el uso de la lista de elegibles para la provisión de unas vacantes correspondientes a "mismo empleo" en cumplimiento del criterio de unificación del 16 de enero de 2020 (fl. 414-416).
- -. Oficio de fecha 18 de junio de 2020, por medio del cual el Director de Gestión Humana del ICBF comunica a la señora Barros Iguarán su nombramiento en periodo de prueba (fl. 474-476/516-518).
- -. Aceptación del cargo y acta de posesión de la señora Barros Iguarán (fl. 480, 524, 526).

2.6.2. Solución a la litis

Reseñada la relación probatoria, se procede bajo el análisis crítico de la misma en concordancia con el marco normativo y jurisprudencial aplicable al sub lite a dilucidar los cargos de nulidad propuestos por la parte actora contra el acto administrativo contenido en la resolución 4212 del 21 de julio de 2020, esto es, violación de las normas en que debería fundarse e expedición irregular con fundamento en lo establecido en el artículo 137 en concordancia con el artículo 275 del CPACA.

En ese sentido, en el sub lite se encuentra acreditado que la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán participó en el concurso de méritos correspondiente a la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF para el cargo de Defensor de Familia OPEC 34714 - Código 2125 - Grado 17, dentro del cual se conformó a través de la Resolución No. CNSC - 20182230073615 del 18 de julio de 2018, la lista de elegibles para proveer las cuatro las (4) vacantes del empleo en mención que fueron ofertadas, para el centro zonal Riohacha No 2 y entre las cuales no logró quedar la participante en mención, en razón a que dentro de la lista ocupó el puesto No. 5 (fl. 120-122)

Así las cosas, el ICBF en cumplimiento de la anterior resolución nombró a las personas que ocuparon los primeros 4 puestos en la lista de elegibles a través de las resoluciones Nos. 10408-18, 10409-18, 10410-18, 10467-18 (fl. 69)

Posteriormente, estando el ICBF adelantando el trámite administrativo para dar cumplimiento a lo establecido en el criterio de unificación expedido por la CNSC "Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" la señora Barros Iguarán interpuso acción de tutela con el fin de que el ICBF hiciera efectivo el uso de listas de elegibles y se le nombrara en periodo de prueba en una de las vacantes de Defensor de Familia OPEC 34714- Código 2125-Grado 17, que se originaron con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016, en la regional Guajira C. Z Riohacha 2, la cual correspondió en primera instancia al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha (fl.71)

El 17 de abril de 2020, el ICBF mediante oficio 202012110000093311 reportó a la CNSC las vacantes definitivas correspondientes a los empleos (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica) de la OPEC 34714 para el empleo Defensor de Familia Código 2125-Grado 17 (fl. 474-476/516-518) y como respuesta a la presente solicitud la CNSC mediante radicado 20201020408971 de mayo 19 de 2020 y comunicado al ICBF el 21 de mayo de 2020, autorizó el uso de la lista de elegible, en cumplimiento del criterio de unificación del 16 de enero de 2020 para proveer dos (2) vacantes en el empleo en mención (fl. 72 - 414-416).

Por otra parte, el 22 de mayo de 2020, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha mediante fallo de primera instancia concedió el amparo constitucional solicitado por la señora Barros Iguarán y como consecuencia de ello y que resulta relevante al sub lite, ordenó: Primero: "al Director del (...) ICBF o quien haga sus veces, que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho en virtud de las peticiones elevadas por la señora Ruth Fidelia Barros Iguaran el 23 de diciembre de 2017 y 27 de enero de la presente anualidad proceda a (...) y iii) realice ante la CNSC la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuesto por la ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica debidamente determinadas por la CNSC (...)" Cuarto: y al "Representante legal de la CNSC o quien haga sus veces que en el término perentorio de 10 días contados a partir de la solicitud de uso de la lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 34714 en la convocatoria 433 proceda a (...) iii) y realice todos los trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso lista de elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar" (fl.418-462).

El 4 de junio de 2020, el ICBF a través de la Resolución No. 3722 en cumplimiento del fallo de tutela proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha efectuó el nombramiento de la señora Ruth Barros Iguarán en periodo de prueba (fl.73)

Inconforme con el fallo de tutela de primera instancia, el ICBF formuló impugnación la cual fue resulta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Riohacha - Sala -Civil -Familia -laboral a través de sentencia de segunda instancia proferida el 2 de julio

de 2020, en el sentido de revocar la decisión de primera instancia y en su lugar, declarar improcedente la acción de tutela (fl. 486-500).

De acuerdo con lo anterior, el ICBF a través de la resolución No. 4211 del 21 de julio de 2020, resolvió declarar la pérdida de fuerza de ejecutoriedad de la Resolución No. 3722 del 4 de junio de 2020, mediante la cual en cumplimiento de un fallo de tutela se efectuó el nombramiento en periodo de prueba de la señora Barros Iguarán en el cargo de carrera administrativa de la planta global del ICBF, defensor de familia código 2125, grado 17, Centro zonal Riohacha No2 (fl.65-68).

Seguidamente, el ICBF a través de la Resolución No. 4212 de julio 21 de 2020, resolvió nombrar nuevamente en periodo de prueba a la señora Ruth Barros Iguarán en el cargo antes mencionado y a su vez dispuso terminar el nombramiento en provisionalidad del señor del señor Carlos Andrés Vega Mendoza (fl.56-64).

Así mismo, se observa dentro de la foliatura los oficios de fechas 22 y 24 de julio de 2020 a través de los cuales el Gerente de convocatorias de la Comisión Nacional del Servicio Civil respondió la petición de revocatoria directa de la autorización de la lista de elegibles de la convocatoria 433 de 2016 para cargos no ofertados en la ciudad de Riohacha formulada por el señor Carlos Andrés Vega Mendoza, donde luego de exponer el marco normativo de la revocatoria directa de acto administrativos y la situación fáctica acaecida en virtud de los fallos de tutela de primera y segunda instancia incoada por la señora Ruth Barros Iguarán que la autorización del uso de la lista de elegible se realizó con fundamento en la orden judicial emitida en primera instancia, razón por la cual la decisión de segunda instancia dejó sin piso jurídico la referida autorización, lo que les permitía inferir que no había lugar para adelantar la revocatoria directa, más cuando no se ajustaba a ninguna de las causales establecidas para acudir a dicha actuación jurídica (fl.85-86).

No obstante, valorado en su integridad el acto administrativo demandado y confrontar su contenido con el marco normativo y jurisprudencial esbozado en la presente providencia, sostiene el Tribunal que el fundamento del mismo, lo fue la autorización que la CNCS mediante radicado 20201020408971 de mayo 19 de 2020 y comunicado al ICBF el 21 de mayo de 2020 le dio para usar la lista de elegible contenida en la Resolución No. CNCS 20182230073615 del 18 de julio de 2018, en cumplimiento del criterio de unificación del 16 de enero de 2020 para proveer dos (2) vacantes en el empleo de defensor de familia código 2125, grado 17, en la planta global del ICBF, identificado con el código OPEC 34714 asignado a la regional ICBF Guajira CZ Riohacha 2.

Autorización que reitera la Sala contrario a lo señalado por el Gerente de convocatorias de la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante los oficios de fechas 22 y 24 de julio de 2020, no fue expedida en cumplimento de la orden de tutela proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha mediante fallo de primera instancia, toda vez que dicho fallo fue proferido el 22 de mayo de 2020, y la autorización conferida al ICBF para el uso de la lista de elegibles data del 19 de mayo 2020 y comunicado al ICBF el 21 de dicho mes y anualidad.

Así las cosas, el ICBF para expedir el acto administrativo sometido a control de legalidad, se remitió al contenido del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, así como, al criterio de unificación "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27

de junio de 2019" del 16 de enero de 2020 y a la circular externa No. 0001 de 2020, ambos proferidos por la CNSC, proceder que encuentra el Tribunal ajustado al ordenamiento jurídico vigente y expuesto en la presente providencia.

Lo anterior, atendiendo que para la fecha en que se expidió el acto administrativo (21 de julio de 2020) se encontraba vigente la Ley 1960 de 2019 (por disposición del artículo 7, rige a partir de la fecha de publicación, esto es, 27 de junio de 2019), cuya interpretación en el sub lite, tal como lo advierte la Corte Constitucional a través de la sentencia T-340 de 2020, no debe entenderse de forma retroactiva, sino **retrospectiva**, esto es, que resulta aplicable a situaciones jurídicas no consolidadas de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley.

Así mismo, se encontraba el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" del 16 de enero de 2020 y la circular externa No. 0001 de 2020 con destino a los Representantes Legales y Jefes de Unidades de Personal de las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, de los Sistemas Específicos y Especiales de Creación Legal que cuentan con listas de elegibles vigentes, cuyo asunto era dar instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado "Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes, 10 expedidos por la CNSC en razón de lo establecido en la ley en mención y en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales anunciadas en el marco normativo de la providencia las cuales le otorgan a dicha entidad la competencia para que de manera exclusiva y excluyente elabore la convocatoria para los concursos, entre ellos el que ocupa la atención de la Sala, como sus eventuales modificaciones, así como la de expedir el criterio y circular en mención.

En ese sentido, tal como se desprende de la sentencia T-340 de 2020, se tiene que para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

Tal como acaece en el sub lite, donde para la fecha de expedición del acto administrativo demandado la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No. CNSC - 20182230073615 del 18 de julio de 2018, se encontraba vigente, la posición de la señora Barros Iguarán en dicha lista excedía el número de vacantes ofertadas para el empleo de defensor de familia código 2125, grado 17, en la planta global del ICBF, identificado con el código OPEC 34714 asignado a la regional ICBF Guajira CZ Riohacha 2, y posterior a la convocatoria se generaron dos vacantes del mismo empleo, es decir, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, razón por la cual se daban los supuestos que habilitan el nombramiento que es objeto de control de legalidad.

_

¹⁰ file:///C:/Users/rogualc/Downloads/20201000000017.pdf

Lo anterior no implica vulneración a las reglas contenidas en el Acuerdo CNCS 20161000001376 de la convocatoria 433 de 2016 como lo afirma la parte demandante pues, si bien es cierto, el parágrafo del artículo 62 señala que "La listas de elegibles solo se utilizaran para proveer los empleos reportados en la OPEC de la convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras que se encuentre vigente", también lo es, que ello carece de fuerza ante la expedición de la Ley 1960 de 2019, bajo su interpretación retrospectiva en el sub examine, aunado al criterio unificado del 16 de enero de 2020 y la circular externa No. 0001 de 2020 expedidos por la CNSC.

De igual forma, tampoco es de recibo el argumento que el acto demandado desconozca la ratio decidendi de la sentencia SU-446 de 2011, pues dicha sentencia tal como lo advierte el señor agente del Ministerio Público es de especial aplicación para el régimen de carrera de los empleos de la fiscalía general de la nación que gozan de normas autónomas, diferentes a los del sistema general de carrera administrativa, a la fecha de su expedición resultaba imposible analizar la disposición (artículo 6º de la Ley 1960 de 2019), pues esta es posterior a la fecha de su formulación, además con ocasión de dicha Ley, la Corte en la sentencia T-340 de 2020 concluyó "con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente."

Por otra parte, en cuanto a la pretensión de inaplicar por inconstitucional el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 expedido por la CNSC, el tribunal tampoco encuentra que ello tenga vocación de prosperidad, toda vez que dicho criterio lejos de observarse inconstitucional, se haya consonante con la disposición constitucional prevista en el artículo 125, lo que permite garantizar el principio del mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos.

Así las cosas, se advierte que para hacer uso de este medio de control de inconstitucionalidad por vía de excepción para inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la constitución, para proceder a su estudio es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea, lo que no acaece en el sub lite a *prima facie*, pues lo que indica el criterio unificado entre otros aspectos, como ya se dijo, es que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán 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 correspondan a los "mismos empleos", es decir, prevalece el mérito para proveer los cargos de carrera administrativa.

Por otra parte, la Sala declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación - Departamento Administrativo de la Prosperidad Social-DPS- y por la Comisión Nacional Servicio Civil - CNSC, tal como lo solicita el señor Agente del Ministerio Público, pues a dicho funcionario le asiste razón cuando sostiene que el DPS no intervino en el proceso de formación del acto de nombramiento, así como tampoco que la presente providencia tenga alguna repercusión directa para el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social ni concretamente para el desarrollo de sus objetivos, establecidos en el artículo 3º del Decreto 2094 de 22 de Diciembre de 2016.

De igual forma, le asiste razón al Ministerio Público al señalar que aun cuando puede pensarse que la intervención de la CNSC en el proceso era necesaria en atención al rol constitucional y legal de dicha entidad de ejercer la administración y vigilancia del sistema general de carrera administrativa, no implicaba *per se* que tuviera la calidad de legitimado por pasiva de forzosa vinculación al proceso, en razón a que el acto demandado no es de los expedidos por dicha entidad dentro de la convocatoria 433 de 2016, por tanto, su ausencia no impedía la resolución de fondo de la litis, pues tampoco sería la entidad que tendría la obligación de satisfacer el derecho reclamado en el presente medio de control de nulidad electoral, ni le generaría ninguna clase de efecto concreto la presente providencia.

Colofón de lo expuesto, la decisión del Tribunal no puede ser otra que la de negar la pretensión de nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 4212 de julio 21 de 2020, toda vez que la parte actora ni la coadyuvante demostraron en grado de certeza, que dicho acto estuviera incurso en las causales de nulidad contenida en el artículo 137 del CPACA, es decir, no acreditaron que el acto acusado fue expedido con violación de las normas en que debía fundarse ni de forma irregular.

Establecido lo anterior, el tribunal en esta oportunidad se aparta de la posición mayoritaria bajo la cual el 10 de julio de 2020 se profirió el fallo de segunda instancia dentro de la acción de tutela promovida por Jorge Mauricio Donada contra el ICBF, la CNSC, vinculados el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Luis Darío Bolívar Carrillo, Manuel Orlando Mena Zapata, Andrea Marcela Segrera Ortega y Martha Elena Pacheco Rebolledo, radicación: 44-001-33-40-001-2020-00050-01 (fl.370-393), pues es notorio el cambio de criterio posterior adoptado por la Corte Constitucional en la sentencia T-340 de 21 de agosto de 2020, en caso de analogía fáctica similar con el asunto que hoy ocupa la atención de la Sala, razón por la cual debía ser adoptado para resolver el fondo de la presente litis.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación -Departamento Administrativo de la Prosperidad Social y de

la Comisión Nacional Servicio Civil, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones del medio de control de nulidad electoral presentado por los señores Álvaro José Amaya López - Cielo Margarita Vega Redondo y coadyuvada por la señora Kathleen Alexandra Herrera Flórez contra el acto de nombramiento de la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán en el cargo de carrera administrativa de la planta global del ICBF, defensor de familia código 2125, grado 17, centro zonal Riohacha No2, acumulado bajo el radicado No. 44-001-23-40-000-2020-00321-00. Lo anterior por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Se ordena a la secretaria del Tribunal incorporar la aclaración realizada por la honorable Magistrada titular del despacho 003 doctora Hirina Del Rosario Meza Rhénals frente a la providencia de fecha agosto 24 de 2020 (fl. 148-164) y asignarle el folio 164^a y literales siguientes si dicho documento está integrado por más de un folio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Por secretaría notifíquese esta decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 52 de la ley 2080 de 2021. Por secretaría repórtese de inmediato al despacho ponente con informe secretarial de ser impugnada.

QUINTO: Por Secretaría archivar el expediente en su oportunidad legal, ejecutoriado el presente proveído y verificación en cuanto a que todas las actuaciones estén registradas en el sistema Justicia XXI-TYBA.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente providencia fue discutida en sesión virtual realizada conforme a la convocatoria, concluida su deliberación, se efectuaron ajustes y se recibió la constancia de la formalización de voto a través de los medios digitales dispuestos para ello, en señal de ello lleva la firma electrónica de la ponente y la respectiva nota en la antefirma de las demás magistradas integrante de la sala de decisión.

(Firmada electrónicamente) CARMEN CECILIA PLATA JIMÉNEZ Magistrada

(Aprobada con voto favorable) (Aprobada con voto favorable)

MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA HIRINA DEL ROSARIO MEZA RHÉNALS

Magistrada Magistrada

Continua en la siguiente página, con hoja de firmas de la sentencia de única instancia proferida dentro del medio de control de Nulidad Electoral acumulado bajo el radicado No. 44-001-23-40-000-2020-00261-00 con el expediente radicado No. 44-001-23-40-000-2020-

00321-00, donde se negó la pretensión de nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 4212 de julio 21 de 2020.

Firmado Por:

CARMEN CECILIA PLATA JIMENEZ MAGISTRADO MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE RIOHACHA-LA GUAJIRA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a8a25a4929c0a95aa4f8e6651211e76832c4b2dadfdd019f351928a8c09cb139 Documento generado en 21/04/2021 04:01:54 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica