



Veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

Acción de tutela, Rad. 44-001-31-03-002-2020-00024-00, Accionante: RUTH FIDELIA BARROS IGUARÁN, Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS Derechos: debido proceso, carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo, dignidad humana en concordancia con los principios constitucionales de la función pública de mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad, confianza legítima y publicidad.

1.- HECHOS RELEVANTES

La acción de tutela se fundamentó en los siguientes hechos:

1. Afirma la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán que durante el año 2017 se desarrolló la convocatoria No. 433, para proveer de manera definitiva empleos de carrera administrativa, de acuerdo a lo establecido en la Ley 909 de 2004 – la cual tuvo su origen en el Acuerdo No. CNSC 2016000001376 del 5 de septiembre de 2016¹, donde se apertura la convocatoria a concurso abierto de mérito de los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, entre los que se encuentra el cargo de defensor de familia con número OPEC 34714 código 2125 grado 17. Razón por la cual amparada en el principio constitucional de carrera administrativa participó en la convocatoria para el cargo enunciado.
2. Reseña que, el día 18 de julio del año 2018 la Comisión Nacional del Servicio Nacional – CNSC expidió la Resolución No. 20182230073615, por medio de la cual conformó la lista de elegibles para proveer el empleo de defensor de familia, código 2125, grado 17 de carrera administrativa de la planta global del personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF donde se encuentra ocupando el quinto lugar con un puntaje de 71.72²; acto administrativo que se encuentra en firme desde el pasado treinta y uno (31) de julio de 2018 con sujeción a la comunicación No. 20182230412331 del primero (1) de agosto de 2018 allegada por la CNSC a instancias del ICBF.
3. Señala que en el mes de julio de 2018, elevó petición ante la Dirección Nacional de Gestión Humana del ICBF, solicitando le fuera informado el número de vacantes definitivas que existen en el municipio de Riohacha, La Guajira, para proveer el cargo y/o empleo de defensor de familia con número OPEC 34714, código 2125, grado 17 e igualmente el número de vacantes existentes en la regional Guajira para el mismo cargo, discriminada por centros zonales.
4. Indica que el día diecisiete (17) de agosto de 2018, la Secretaría General del ICBF profirió la Resolución No. 10467³ por medio de la cual nombra en periodo de prueba al señor Fernando Luis Ávila Guzmán identificado con la cédula de ciudadanía número 8.487.643 en el cargo de Defensor de Familia con número OPEC34714, código 2125, grado 17 en la dependencia centro zonal número 2, quien es la persona que se encuentra en el lugar número 4 de la lista de elegibles visible a folio 2 del expediente de tutela.
5. Manifiesta que mediante escrito adiado veintiuno (21) de agosto de 2018, recibió respuesta a la petición incoada en el mes de julio de 2018, donde de manera clara y precisa es resuelta la petición indicándole que *“en el Municipio de Riohacha, La Guajira se encuentra una vacante ocupada actualmente por un Defensor de Familia quien se encuentra en provisionalidad y cuyo reten social es fuero sindical y que en la regional Guajira se encuentran 7 vacantes distribuidas entre los centros zonales de Manaure, Riohacha, Nazareth en los municipios de Manaure, Riohacha, Maicao y Uribía”* con lo cual queda claro que

¹ Colombia, Comisión Nacional del Servicio Civil, Acuerdo No. CNSC 2016000001376 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 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar , No. 433 de 2016-ICBF” <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-433-de-2016-icbf?download=8598:acuerdo-2016100001376-de-2016>.

² Ver, Folio 2 cuaderno principal de acción de tutela.

³ <https://www.icbf.gov.co/gestion-y-transparencia/gestion-humana/resolucion-no-10467-del-17-de-agosto-de-2018>



efectivamente en el Regional Guajira existe vacante que actualmente es ocupada por un nombrado en provisionalidad con menos derecho que el que le asiste a ella.

6. Afirma que el día 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 *por la cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones* en cuyo artículo 6 dispone que el numeral 4 del artículo 31 de Ley 909 quedará así *“con los resultados de las pruebas, la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad”* de lo anterior, se deduce que, el legislador deja abierta la posibilidad de realizar nombramientos a cargos no convocados por la situación que se presente, pues señala la expresión *“que surjan”*, es decir, creación, novedad administrativa tales como pensión, destitución, renuncia, necesidad del servicio o cualquier otra.

7. Resalta que el día primero (01) de agosto de 2019, la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, aprobó y expidió criterio unificado *“listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017”*, donde se adoptó *la lista de elegibles expedida y que se vayan a expedir con ocasión de los Acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria (...) De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada Ley, incluidas las reglas para la lista de elegibles (...) En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual la lista de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a la lista de elegibles para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019 y por esta razón cobijados por la Ley ampliamente mencionada”*

De conformidad con el criterio unificado, se concluye que en este caso particular debe ser utilizada la lista de elegibles existente, para proveer los cargos de Defensor de Familia (Carrera Administrativa) con número OPEC 34714, código 2125, grado 17, que actualmente se encuentran vacantes en la Regional Guajira del ICBF, en especial, el cargo bajo la denominación ya especificada, cuya vacante se localiza en la dependencia Centro Zonal Riohacha 2 del Distrito de Riohacha, La Guajira.

8. Manifiesta que con fundamento en el criterio unificado, realizó una solicitud a la Dirección Nacional de Talento Humano del ICBF, fechado 23 de diciembre de 2019 donde deprecaba ser nombrada en periodo de prueba en el cargo Defensor de Familia (Carrera Administrativa) con número de OPEC 34714-código 1225-grado 17- dependencia Centro Zonal 2 del municipio de Riohacha, teniendo en cuenta la vacante existente y el hecho de que ya se había realizado el nombramiento del señor Fernando Luis Ávila Guzmán quien la antecede en la lista. Así, señala que el día 26 de diciembre de 2019 el ICBF sede de la Dirección General, a través de correo electrónico institucional de Elizabeth Caicedo Prado profesional especializado del grupo de registro y control de la Dirección de Gestión Humana, respondió no conocer el procedimiento a seguir para atender de fondo la petición y remitió por competencia a la CNS.

9. Especifica que la CNSC, recientemente emitió documento titulado *“criterio unificado uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”* fechado 16 de enero de 2020 en cual señala *“en virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por varios actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación de periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar la seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes. (...) Las Listas de elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la vigencia de la Ley 1960, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. (...) De conformidad con lo expuesto, 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 utilizarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran 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, 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 OPEC”.

En conclusión, la vacante definitiva cargo defensor de familia (Carrera Administrativa) dependencia Centro Zonal 2 del municipio de Riohacha relacionada en el hecho número quinto de la acción de tutela cumple con los requisitos establecidos por la CNSC, es decir, un mismo empleo, igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

10. Declara que, a través de radicado No. 20201020071351 fechado 27 de enero de 2020, y recibido a través de correo electrónico el día 31 de el mismo mes y anualidad la CNSC indicó los pasos a seguir de la siguiente manera: “(...) *para hacer uso de la lista de elegibles, la entidad deberá en primer lugar reportar la OPEC en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO de conformidad con lo expuesto en la circular conjunta No. 2019100000117 del 29 de julio de 2019, en segundo lugar, la entidad deberá elevar solicitud de autorización del uso ante la CNSC (...) En virtud de lo anterior, esta Comisión Nacional procederá a verificar la lista vigente de la Entidad que cumpla con las características del empleo y, de encontrarlo procedente se autorizará el respectivo uso de la misma, razón por la cual la entidad deberá apropiarse y cancelar el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, dando así lugar a los nombramientos en periodo de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito le asista el derecho”*

De las precisiones realizadas por la CNSC, se evidencia que tanto el ICBF como la Comisión deben realizar estudios y una serie de actuaciones administrativas que colocan en riesgo la ocurrencia de una violación a sus derechos, como quiera que las listas tienen una vigencia corta en el tiempo de dos años (2) de conformidad con lo estipulado en el artículo 31 numeral 4 de la Ley 909 de 2004 y como lo ha expresado la Corte Constitucional ante la premura en el tiempo se supera el requisito de subsidiariedad para acceder a la acción de tutela y no a un proceso contencioso administrativo demorado, pues en su caso la lista de elegibles OPEC 34714 tiene vigencia hasta el 31 de julio de 2020.

11. Arguye que la omisión del ICBF, en realizar su nombramiento y la CNSC en autorizar la lista de elegibles evidencia un acto violatorio a los derechos invocados, toda vez que, aprobó las diferentes etapas del concurso y como resultado se encuentra en la lista de elegibles (en firmes y vigentes), además existiendo una vacante definitiva para el cargo que solicita, dichas entidades se abstienen de realizar las gestiones correspondientes para el nombramiento, brindando respuesta insustancial sin reconocimiento de su derecho y sin precisiones de tiempo que le garantice el nombramiento antes del vencimiento de la vigencia de la lista de elegibles, situación que se constata en la dilación a la respuesta a la petición, conllevando a un perjuicio irremediable pues en razón a que se encuentra cerca la fecha de vencimiento la lista y que no cuenta con otro medio judicial idóneo al cual acudir para la defensa y protección de los derechos cuyo amparo pretende.

12. Recalca que los fundamentos que sustentan la interposición de este amparo constitucional se debe a que: (i) participó y aprobó todas las etapas del concurso (clasificatorias y eliminatorias) ostentando así puestos meritorios respecto a los demás participantes a este proceso de selección de Riohacha, debido a que el acuerdo de convocatoria fraccionó con número OPEC para cada ciudad; (ii) luego de la provisión de empleos en orden de mérito, existen aún dos cargos surtidos en provisionalidad que corresponden al mismo cargo para el cual concursó; (iii) la Ley 1960 de 2019 señala que con la lista de elegibles se debe suplir tanto los cargos ofertados en el concurso, como aquellos que no fueron objeto del mismo.



2.- PRETENSIONES

1. Amparar los derechos al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, debido proceso, al trabajo, dignidad humana y el derecho adquirido vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil.
2. Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al fallo de tutela, realice los trámites administrativos correspondientes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use en estricto orden de mérito la lista de elegibles que se conformó a través de la Resolución CNSC 20182230073615 de 18-07-2018, OPEC 34714 en el cargo de carrera denominado Defensor de Familia, Código 2125-grado 17- dependencia C.Z. Riohacha 2 del Municipio de Riohacha, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria 433 de 2016, para que la nombren en periodo de prueba en las vacantes definitivas que se encuentran provistas en provisionalidad en esta ciudad.
3. Se le indiquen límites en tiempo al ICBF y a la CNSC para realizar los trámites administrativos y financieros, en especial que el tiempo no sea superior a la vigencia de las listas de elegibles o en su defecto se suspenda el término de vigencia de la lista de elegibles, hasta cuando efectivamente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil realicen los trámites administrativos y financieros para realizar el nombramiento en periodo de prueba.

3.- PRUEBAS

Dentro del presente trámite, manifiesta este despacho que el material probatorio que obra en el expediente, se encuentra compuesto por los siguientes documentos: (i) criterio unificado uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, con ponencia del comisionado Fridole Balen Duque en sesión del 16 de enero de 2020; (ii) Respuesta de 21 de agosto de 2018 en la cual se señala la existencia de las vacantes definitivas en provisionalidad para el Defensor de Familia código 2125, grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en la Regional Guajira y el Centro Zonal 2; (iii) petición de fecha 23 de diciembre de 2019 – solicitud de nombramiento; (iv) comunicación traslado por competencia a la CNSC; (v) petición de resolución de solicitud adiada 23 de diciembre de 2019; (vi) respuesta emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil radicado No. 20201020071351 de fecha 27 de enero de 2020 y recibida a través de correo electrónico el día 31 de enero de la misma anualidad; (vii) copia de sentencia de tutela segunda instancia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca No. 7600-1-33-33-021-2019-234-01; (viii) copia de providencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca adiada 16 de diciembre de 2019 radicado No. 7600-1-33-33-021-2019-234-01 negando nulidad y aclaración de sentencia, (ix) sentencia de tutela segunda instancia radicada bajo el número 686793333003201900131-01, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, (x) Resolución No. CNSC20182230073615 del 18-07-2018, (xi) copia del Decreto 1479 de 2017, (xii) pantallazo de la página web de la CNSC donde se publica el cumplimiento del fallo de tutela de segunda instancia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, (xiii) prueba de gravidez de la señora Kathleen Herrera Flórez de quien se afirma es la compañera sentimental de Carlos Andrés Vega Mendoza y registros civiles de nacimiento (xiv) fallo del Tribunal Superior del Atlántico, (xv) copia PT-DF 001 provisional con servidores de carrera administrativa que cumplan con el cargo de defensor de familia, (xvi) copia PT-DF 001 provisional convocatoria abierta del cargo de defensor de familia, (xvii) copia De la Resolución 0907 de 2017, (xviii) copia Resolución 7781 del 5 de septiembre de 2017, (xix) reporte de inscripción de la accionante a la convocatoria 433 de 2016, (xx) Acuerdo de convocatoria número 20161000001376 del 5 de septiembre del 2016 del ICBF, (xxi) lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 20182230073615 del 18 de julio de 2018, (xxii) constancia de publicación de la presente



acción de tutela en la página web de la CNSC, (xxiii) registro civil de nacimiento de Lucia Leonor Vega Mendoza hija de la defensora de familia vinculada al presente trámite; (xxiv) copia de Resolución 334 de 2017; (xxv) respuesta de la accionante sobre la presentación de acciones electorales contra los nombramientos de quienes ocupan los cargos de Defensores de Familia en provisionalidad. (xxvi) respuesta remitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública. (xxvii) respuesta del Ministerio de Hacienda. (xxviii) pronunciamiento de Defensores que prestan los servicios a la territorial Guajira y fuera de ella. (xxix) respuesta del ICBF y solicitud de uso de listas ante la CNSC.

4.- ACTUACIÓN PROCESAL

Después de la nulidad decretada dentro del presente asunto por el Superior, se dispuso obedecer y cumplir lo ordenado por dicha autoridad, efectuándose las vinculaciones correspondientes y ordenando conceder el término de 1 día para que se pronunciaran tanto los accionados como los vinculados, entre otras determinaciones.

Notificado en debida forma el proveído admisorio se procede a fallar dentro del término legal, sin que se observen vicios capaces de invalidar lo actuado.

5.- RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS Y/O VINCULADOS ANTES DE LA NULIDAD

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF

Mediante escrito presentado por parte del Jefe de Oficina Asesora Jurídica de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, procedió a presentar respuesta al traslado de tutela en los términos dispuestos por este despacho, pronunciamiento que realizó en concordancia con los siguientes argumentos:

Señala como primera medida que la acción constitucional impetrada por la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán resulta improcedente por no cumplir con los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: (i) ya se publicó la lista de elegibles y ya adquirió firmeza, la cual se conformó para proveer cuatro vacantes y en dicha lista la accionante ocupó el puesto número 5, (ii) la accionante no cuestiona dicha lista sino situaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya aplicado directamente el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, para efecto de su nombramiento en las nuevas vacantes creadas con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016, (iii) para acceder a lo solicitado por la actora, el ICBF –en concurrencia con la CNSC- debe adelantar una serie de gestiones financieras y administrativas complejas que revisten y requieren un esfuerzo institucional, y (iv) la accionante exige el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 (que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004) desconociendo que la misma norma en su artículo 2 creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual, la Ley otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil para regular el derecho.

Por otra parte, en caso de estimarse procedente este amparo el ICBF resalta que no ha violado ningún derecho fundamental a la actora ya que: (i) de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento que se dio apertura a la convocatoria) el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-446 de 2011) las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la referida convocatoria y (ii) solo hasta el 16 de enero de 2020, hace poco más de un mes, la CNSC como órgano rector de la Carrera administrativa, emitió el criterio unificado “*uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio 2019*” en virtud de cual se hará



uso de las listas conforme a la mencionada ley, lo cual implica llevar a cabo una serie de procedimientos complejos y un trámite presupuestal que se están adelantando en el momento.

Respecto de los hechos que fundamentan la acción constitucional señala que: (i) es cierto que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC convocó el 5 de septiembre de 2016 a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, mediante convocatoria No. 433 de 2016, (ii) para el caso concreto, a través de la Oferta Pública de Empleos de Carrera No. 34714 (OPEC 39159), se ofertaron 4 vacantes del empleo de Defensor de Familia, código 2125 y grado 17, (iii) la lista de elegibles fue publicada por la CNSC mediante Resolución 20182230073615 del 18 de julio de 2018, en dicha lista quedaron 19 elegibles de los cuales las accionante ocupó el puesto número 5, así, una vez en firme la lista (31 de julio de 2018) el ICBF procedió a efectuar el nombramiento de las personas que ocuparon los primeros lugares – José Gregorio Pino Romero, Mónica Romero Gutiérrez, José de Los Santos Rodríguez Amaya y Fernando Luis Ávila Guzmán – procediendo el ICBF dentro del término de ley a realizar los nombramientos en periodo de prueba, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, Acuerdo 562 de 2016 y Decreto 1894 de 2012, (iv) resalta que mediante la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 la CNSC revocó el artículo 4 que había sido incluido en las Resoluciones de confirmación de listas de elegibles al considerar que el mismo resultaba contrario a la Constitución y a la Ley; (v) la CNSC estableció que las listas de elegibles conformadas en el marco de la convocatoria No. 433 de 5 de septiembre de 2016 “*solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacantes que se generen en los empleos inicialmente previstos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 4 de la ley 909 de 2004*”, (vi) posteriormente la CNSC cambió su postura y, mediante criterio unificado del 16 de enero de 2020 “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, estableció “*las listas de elegibles que adquirieron firmeza y aquellas expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada de vigencia de la Ley 1960, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos acuerdos de Convocatoria (...) así, dichas listas 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, entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes*”.

En consideración de lo anterior, señala que para dar cumplimiento a lo allí señalado el ICBF debe adelantar unas acciones de carácter administrativo y financiero entre los que se encuentra:

- Verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características que corresponden a los mismos empleos y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos.
- Identificadas las vacantes se debe reportar la OPEC o actualizar la existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO-
- Realizar ante la CNSC la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley.
- La CNSC informará si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de elegibles (no existe término legal para esta respuesta) de los empleos que cumplan las condiciones.
- La CNSC define la tarifa que debe asumir y pagar la entidad, por lo tanto, una vez se consolide la información respecto del total de vacantes a proveer por uso de listas se expide el certificado de disponibilidad presupuestal –CDP- por la suma total que soporte el pago para el uso de estas.



- El CDP será enviado a la CNSC, quien expide acto administrativo de autorización de listas de elegibles.

En ese orden, el ICBF se encuentra adelantando las acciones que se desprenden del criterio unificado así como la mencionada en el parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 1960 de 2019 que establece “*Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo y nombramiento provisional, el nominador o quien este haya nombrado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique*”

En cumplimiento de lo anterior, el ICBF por mandato legal dio estricto cumplimiento y en consecuencia reportó los empleos de carrera administrativa que se encuentran vacantes de forma definitiva, ante la entidad competente, esto es, ante la CNSC quien es la encargada de la vigilancia y administración del sistema específico de carrera administrativa. En consecuencia, el ICBF solo podrá acceder favorablemente a este tipo de solicitud previa autorización por parte de la CNSC y una vez se adelante el estudio respectivo.

Finalmente, en relación con el fallo de tutela del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, vale aclarar que en la parte resolutive se dispuso que “*la presente acción tiene efectos (inter comunis) para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles en la Resolución No. CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso como accionantes*” acorde con lo anterior, es claro que si bien el referido Tribunal resolvió la acción de tutela de manera excepcional con efectos inter comunis, estos solo se aplican para las personas que hacen parte de dicha lista de elegibles conformada por la OPEC 39958, es decir, para el empleo profesional universitario, código 2044 grado 8 la cual será utilizada atendiendo a los criterios señalados a los mismos empleos. En ese orden de ideas, el efecto inter comunis no es aplicable en este caso.

Así mismo señala respecto al cumplimiento de los requisitos que la acción de tutela no cumple con la trascendencia ius fundamental del asunto en tanto las particularidades fácticas y jurídicas de este caso exigen un análisis detallado y con mayor rigurosidad, máxime si se tiene en cuenta que: (i) la lista de elegibles en la que se encuentra la accionante ya fue publicada y cobró firmeza, (ii) la autora no ocupó los primeros lugares en la lista y (iii) además pretende la aplicación inmediata y parcial de la Ley 1960 de 2019 frente a lo cual el ICBF y la CNSC deben adelantar previamente una serie de procedimientos administrativos y financieros complejos, que además, escapan del ámbito de injerencia del juez de tutela.

Adicionalmente, el ICBF advierte que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o listas de legibles, pues las controversias que pueden suscitarse en dichos ámbitos son de distinta naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico. Así las cosas, la controversia principal del presente asunto versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma general, frente a lo cual se requiere adelantar una serie de acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos.

De la misma forma, no se configura el requisito de subsidiariedad y no existe un perjuicio irremediable, ello en tanto la actora cuestiona el hecho de que no se haya llevado a cabo su nombramiento inmediato en aplicación de la Ley 1960 de 2019, que autoriza el uso de la lista de elegibles para cargos distintos a los ofertados en la respectiva convocatoria. En concreto la accionante se opone a las respuestas dadas por el ICBF y la CNSC en relación con el uso de las listas de elegibles, esto es, ataca actos de la administración que apuntan a resolver su situación jurídica concreta, pero que no lo hace en efecto, porque está sujeta a otros procedimientos previos, en este orden de ideas las respuestas dadas a los accionantes constituyen



actos de trámite que, por regla general no son objeto de protección constitucional a través de la acción de tutela.

En tal sentido, es preciso indicar que la presente acción de tutela se torna improcedente en atención a que las respuestas dadas por el ICBF y la CNSC constituyen actos de trámite, razón por la cual si la accionante al momento que culminen los trámites administrativos no resulta nombrada, el acto definitivo que se emita respecto del uso de la lista de elegibles, que corresponde a la CNSC, podrá ser controvertido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de los medios de control establecidos en la Ley 1437 de 2011, específicamente la acción de nulidad y restablecimiento de derecho la cual cuenta con medidas cautelares, que en virtud de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional se presumen idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

Aunque la accionante alega que la lista de elegibles está próxima a su vencimiento porque su vigencia va hasta el 6 de junio de 2020 (sic), no se configura un perjuicio irremediable por esta sola razón, toda vez que existen decisiones que sirven como antecedente en las que el Consejo de Estado ha suspendido el término de ejecutoria de las listas de elegibles.

Por otra parte, advierte que como quiera que para llevar a cabo lo solicitado por la accionante requiere la intervención de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC para que autorice el uso de las listas de elegibles, el Instituto no es el único responsable respecto de la conducta presuntamente vulneratoria de los derechos fundamentales; así, para hacer efectivo cualquier nombramiento, con base en la lista de elegibles es necesario que la CNSC comunique al ICBF la autorización de su uso respecto de los aspirantes que ocupan lugares en aquella lista. A la correspondiente lista de elegibles adicionalmente, para poder solicitar y llevar a cabo el uso autorizado el ICBF debe pagar una suma de dinero a la CNSC tal como lo establece el artículo 30 de la Ley 909 de 2004, destinando un rubro para ello y aportando para el trámite el Certificado de Disponibilidad Presupuestal. En conclusión, para el cumplimiento de la Ley 1960 se requiere la concurrencia de la CNSC para que autorice el uso de las listas de elegibles y de esta forma se pueda proceder a efectuar el nombramiento de las personas autorizadas.

En conclusión, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Ruth Fidelia Barros Iguarán por no cumplir con los requisitos de: (i) trascendencia iusfundamental del asunto y (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable y, en caso de que la referida acción se estime procedente, se solicita subsidiariamente sea negada al no advertirse vulneración de derechos fundamentales por parte del ICBF.

Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

El Defensor jurídico de la CNSC mediante escrito adiado 17 de marzo de 2020 procedió a emitir respuesta al traslado de tutela en los términos dispuestos, respuesta que sustenta de la siguiente forma:

Inicia admitiendo que la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código 34714 y que una vez superadas las fases del concurso se publicó la Resolución No. CNSC 20182230073615 del 18 de julio de 2018 en la cual la accionante ocupó el lugar 5 con un puntaje de 71.72.

Así, de conformidad con lo expuesto en el artículo 62 del Acuerdo de convocatoria la CNSC remitió al ICBF el mencionado acto administrativo para que procediera a realizar los nombramientos de aquellos que ocuparon una posición meritoria de la lista conforme al número de vacantes ofertada para esa OPEC en el estricto orden de mérito. Como quiera que para el empleo en mención se ofertaron cuatro vacantes, los



elegibles adquirieron el derecho a ser nombrados en periodo de prueba para el cargo, fueron los aspirantes quienes ocuparon los cuatro primeros cargos en la lista de legibles, así, dado que la accionante ocupó el 5 lugar no es posible jurídicamente que se realice su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas. En ese sentir, el empleo identificado con OPEC 34714 se encuentra provisto.

Por otra parte, se precisa que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo No. 34714 defensor de familia, código 2125, grado 17 se encuentran en el momento en espera de que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 30 de julio de 2020.

En estricto sentido, aclara que los participantes en los concursos de méritos no ostentan el derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que solo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumple todos los requisitos legales y supera todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar el derecho a ser nombrado para el cargo al que concursó. De este modo, las listas de elegibles generan un derecho adquirido a los elegibles que al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y en consecuencia deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron, por el contrario, los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria que les genere el derecho a ser nombrados, les asiste una expectativa frente a la utilización de las listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

Aclara la Comisión Nacional del Servicio Civil que, de surgir vacancias definitivas en el empleo por renuncia, muerte del titular, entre otros, estas deben ser provistas con los integrantes de las listas, específicamente conformada para el empleo OPEC 34714 durante el término de vigencia de la Resolución No. 20182230073615 del 18 de julio de 2018. Advierte que hasta el momento no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el OPEC 34714. Así, en el eventual caso de que el ICBF a la fecha disponga de vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, deberá registrarlas en el SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de las listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1960.

Teniendo en cuenta lo anterior, la CNSC advierte que no tiene competencia frente a la administración de plantas de personal como lo dispone el Decreto 648 de 2017. En ese sentido, las acciones tendientes a un eventual nombramiento de la señora Ruth Fidelia Barrios Iguarán, corresponden al ICBF, aclarando con ello que la CNSC desconoce que el ICBF disponga de vacantes con la misma descripción del empleo en el cual participó la accionante.

Por lo señalado anteriormente, solicita se disponga la desvinculación de la CNSC por la falta de legitimación por pasiva, puesto que pese a que esta llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes definitivos, en la planta de personal del ICBF, la Comisión solo tiene competencia hasta la expedición de la lista de elegibles; el uso de listas y los asuntos de nombramientos, son competencias exclusivas del nominador del ICBF y en el mismo sentido, de manera subsidiaria solicita no tutelar la acción interpuesta, por cuanto no hay desconocimiento ni violación alguna de los derechos fundamentales invocados por la accionante de manera que no hay motivos para emitir orden en su contra.

Vinculado Carlos Andrés Vega Mendoza y otros



En calidad de tercero interesado presentó informe a la acción de tutela presentada por Ruth Fidelia Borros Iguarán, en la medida que en la actualidad ostenta el cargo de Defensor de Familia en provisionalidad, inicialmente con la Resolución 0907 del 17 de febrero de 2017 *“por la cual se hacen unos nombramientos en empleos de carácter temporal”* y en planta temporal y posteriormente en la Resolución 7781 del 5 de septiembre de 2017 *“por la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad”*, aclarando que, en la actualidad se encuentra bajo extensión de fuero de maternidad reforzada de mujer embarazada dado que su esposa Kathleen Herrera Flórez se encuentra en estado de gravidez y advirtiendo además que, se opone a todas y cada una de las pretensiones de la presente acción por carecer de fundamentos facticos y jurídicos.

Como sustento de lo anterior, indica que: (i) en la convocatoria No. 433 de 2016 solo se ofertaron cuatro (4) cargos con OPEC 34714, código 2125, grado 17, así los participantes tenían claro que participaban solo por los cuatro plazas y/o cargos vacantes para los cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de la misma convocatoria, es decir, el de plaza a proveer, así como tampoco la Comisión Nacional del Servicio Civil en ninguna parte de la convocatoria No 433 se admite su utilización para vacantes creadas para un número mayor de plazas ofertadas, en el evento de vacantes creadas con posterioridad y/o otros cargos en vacancia definitiva dentro de su vigencia para el registro o lista de elegibles, por lo tanto, al no existir una cláusula que ordene tal situación de manera expresa para la utilización de registro de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los que fueron ofertados, se puede concluir que la convocatoria 433 no planeo efectuar la excepción para la aplicación de dicha lista en otra convocatoria diferente a la OPEC 34714 con cuatro cargos vacantes; (ii) al conformarse la lista de elegibles para los cuatro cargos, la señora Ruth Fidelia Barros en su proceso para alcanzar el mérito no alcanzó el puntaje para solicitar bajo derecho propio una de las cuatro vacantes del OPEC 34714 no configurándose su derecho constitucional al mérito sino que al quedar en quinto lugar en el registro o lista de elegibles quedó bajo una expectativa de derechos, esperando que uno de los ganadores en la lista o registro de elegibles deje vacancia definitiva en el cargo de defensor de familia; (iii) no es cierto que el doctor Jorge Romero Solórzano defensor de familia del Centro Zonal No. 2 de Riohacha quien cuenta con fuero sindical en el cargo que ocupa se encuentre vacante o que haya sido sometido a concurso de mérito de carrera administrativa por parte de la CNSC por lo cual es imposible que su cargo tenga algún OPEC o el mismo número de OPEC por el que concursó la accionante y los cargos de defensores de familia en Riohacha, Manaure, Maicao, Nazareth nombrados en provisionalidad a los que se refiere la accionante no se encuentran vacantes y no fueron objeto de oferta en la convocatoria 433 de 2016, (iv) los cargos a los que hace referencia la accionante y que a la fecha se encuentran provistos en provisionalidad no se encuentran en ninguna de las situaciones de vacancia definitiva establecidas en el Decreto Ley 1083 de 2015 artículo 2.2.5.2.1, pues los mismos cuando fueron nombrados en provisionalidad venían de listas de elegibles de idoneidad de la dependencia de Gestión Humana del ICBF, dado que su vinculación inicial fue por mérito puesto que fueron primero mediante la planta temporal a través de la convocatoria abierta No. PT-DF 001 y PT-DF 002.

Por otro lado, indica que no existe dentro del expediente de petición por parte de la accionante en donde solicite al ICBF en septiembre o en octubre de 2017 que condicione los nombramientos de los defensores de familia de Riohacha, Maicao, Manaure y Nazareth como tampoco medio de control de nulidad electoral por parte de la accionante, así al no existir dicho medio con restablecimiento desde los nombramientos de la Resolución 7781 del 5 de septiembre de 2017 a la presente fecha la acción ya se encuentra caducada.

Agrega que si bien la Ley 1960 de 2019 permite que se haga uso de las listas de elegibles para las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la realización



de la convocatoria de concurso de la misma entidad, esta posibilidad con concordancia con el principio de vigencia normativa solo es aplicable a los concursos o convocatorias que se publiquen en vigencia de la aplicación de la Ley 1960, es decir, desde el 27 de junio de 2019. De la misma forma, la modificación introducida por la Ley en cita no le es aplicable a la convocatoria No. 433 la cual se rigió por la Ley 909 de 2004 que en su artículo 31 numeral 4 disponía *“lista 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 años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirá las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.*

En conclusión, con el tenor literal de la Ley 1906 del 27 de junio de 2019 se tiene que cumplir con los siguientes elementos:

- Que el cargo haya sido creado de manera posterior a la convocatoria.
- Que dichas vacantes solo serán aplicables a las listas expedidas producto de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019.
- Que se encuentre en vacancia definitiva

Con lo cual ante la ausencia de los tres elementos no es posible dar aplicación a la norma precitada.

Indica que si lo que desea la accionante es definir, si la convocatoria pública 433 de 2016 cumple o no con la legislación vigente o si la misma resulta injusta luego de haber sido aceptada por la accionante las condiciones desde la inscripción en el concurso de mérito del ICBF o pretende entrar a modificar a conveniencia de los aspirantes el número de cargos ofertados tal situación es la que debe ventilar ante el juez natural y no del juez de tutela, pues lo que se debate es la legalidad y validez de la convocatoria misma así como de los actos administrativos que la integran y si el CNSC se encontraba facultada para modificar tales condicionamientos, por lo tanto, lo que busca la accionante es atacar la legalidad de un acto administrativo y como consecuencia busca decretar de facto la nulidad electoral de nombramiento mediante la acción de tutela.

Dado que el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante y las pretensiones se resumen en una queja puntual frente al cargo que aspiró y no se hizo el debido nombramiento por el puesto ocupado, debido a que el cargo para el cual aspiró si bien fue superado durante las etapas del concurso, dichos cargos no hicieron parte de la oferta consignada de manera restrictiva en la convocatoria 433 de 2016, sin que tales circunstancias constituyan por sí solas una trasgresión a los derechos fundamentales reclamados, sino que hace parte de la dinámica de los concursos de méritos donde se premian los primeros lugares, por lo tanto la accionante debe acudir al proceso de su naturaleza que es la jurisdicción contenciosa administrativa.

El caso de la accionante encuadra dentro de las listas de elegible que adquirieron firmeza, así como de 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 expedidas en los respectivos acuerdos de convocatoria, es decir, no le aplica la Ley 1960 del 27 de junio de 2019. De conformidad con el concepto unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, no se evidencia que exista vulneración de los derechos predicados por la accionante, por cuanto claro está, que la lista de elegibles para la convocatoria 433 de 2016 se regula por lo dispuesto en el artículo 31 numeral 4 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 57 del acuerdo No. 2016100001376 y no por la Ley 1960.



Finalmente, señala que no existe una vulneración a los derechos invocados en tanto: (i) el hecho de que la accionante haya concursado en la convocatoria No. 433 de 2016 no conllevó a la creación de mérito o al derecho de carrera dado que su puntaje no le alcanzó para solicitar una de las cuatro plazas, sino una expectativa, (ii) la accionante participó en condiciones de igualdad dentro de la conformación del registro o lista de elegibles de la Resolución No. CNSC 20182230073615, pretendiendo desvincularlo, del cual solo puede ser separado mediante concurso de méritos cuando su plaza sea llamada a concurso, (iii) su derecho al trabajo no se vulnera en tanto no tiene mérito para solicitar una vacante que no fue ofertada para concurso, (iv) no se vulnera el derecho adquirido, pues el hecho de que la accionante se encuentre en la lista de elegibles no le otorga un derecho adquirido sino una expectativa y (v) la CNSC es la única entidad que se encuentra facultada para informarle al ICBF que las vacantes son susceptibles de estar provistas de acuerdo a lo regulado por la Ley 909 de 2004, norma que reguló la convocatoria 433 de 2016.

Por otra parte, frente a hechos que se deben tener en cuenta en este trámite tutelar, señala los siguientes:

- Para el 2016 el ICBF y la CNSC no contaban con lista de elegibles para nombrar empleos de carácter temporal por necesidad del servicio, razón por la cual se ofrecieron los cargos de planta temporal para defensor de familia para persona con derechos de carrera administrativa en una convocatoria interna en fecha 26 de diciembre de 2016, denominada PT-DF 001.
- Dentro de dicha convocatoria, se encontraba la dirección regional de la Guajira del ICBF en los cargos de defensor de familia en el centro Zonal Riohacha, Maicao, Manaure y Nazareth.
- En vista de que para el año 2016 no existía lista de elegibles ni tampoco funcionarios de carrera administrativa interesados en varios cargos de defensor de familia en la regional Guajira en Maicao, Riohacha, Manaure, Uribía y Nazareth el ICBF abre el 30 de diciembre de 2016 convocatoria.
- Culminadas todas las etapas de la convocatoria el ICBF regional Guajira en los cargos de defensor de familia en los centros zonales de Maicao y Nazareth quedaron integrados por Carlos Andrés Vega, Cielo Margarita Vega Mendoza y Álvaro Amaya López.
- A través de la Resolución 0907 de 2017 *“por la cual se hace un nombramiento de carácter temporal”* se nombró como defensor de familia en el centro zonal Maicao al señor Carlos Andrés Vega Mendoza.
- Mediante Decreto 1479 de 2017 el Departamento de la Función Administrativa y el director del Departamento de Prosperidad social suprimió la planta temporal y como consecuencia suprimió el cargo de defensor de familia de la regional Maicao.
- Los ganadores de la convocatoria PT –DF 001 y otras convocatorias para defensor de familia de planta temporal conformaron lista de elegibles para cargos dentro de la misma entidad dado que habían demostrado idoneidad y mérito sin derechos de carrera administrativa.
- A través de la Resolución 7781 del 5 de septiembre de 2017 fueron nombrados en provisionalidad todos los defensores de familia que habían ganado las convocatorias abierta para la planta temporal para defensor de familia del ICBF, es decir, los señores Jorge Adolfo Romero, Carlos Andrés Vega Mendoza, Cielo Vega Mendoza, Álvaro Amaya López y Jorge Mauricio Donado.
- La Convocatoria 433 de 2016 para el cargo de defensor de familia en la regional La Guajira llegó a estar firme la lista de elegibles a través de la Resolución No. CNSC 20182230073615 del 31 de julio de 2018, lo cual significa que los cargo de defensores de familia fueron centro zonal Riohacha, Maicao, Manaure y Nazareth para el cargo de defensor no existía lista de elegibles por parte de la CNSC para tomar de dicha lista para el nombramiento de los cargos recién creados, pero si existía la lista de elegibles de las personas que habían ganado el concurso de las convocatorias abiertas para dichos cargos en provisionalidad, por lo que la dirección de gestión humana avaló el nombramiento en provisionalidad antes descrito.



- Para la fecha de los nombramientos en provisionalidad como defensores de familia si alguien se hubiera sentido con mejor derecho debió acudir a la justicia contencioso administrativa mediante la acción de nulidad electoral dentro del mes siguiente a la posesión, por lo que dicha acción después de tres años es extemporánea y caduca.
- Para este caso los cargos de defensor de familia del defensor de familia de la regional La Guajira no se encuentran en vacancia definitiva, por lo cual no es procedente la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960.

En tal sentido, en este caso no cumple el requisito de subsidiariedad en cuanto (i) no hay un agotamiento de los recursos ordinarios de defensa judicial dado que la accionante cuenta con un medio legal para discutir el derecho de carrera a ser defensor de familia por pertenecer a una lista de elegibles en la justicia contenciosa administrativa ejerciendo nulidad y restablecimiento de derecho sobre la negativa de utilización y/o vinculación al cargo de defensor de familia por parte del ICBF y la CNSC y (ii) no existe una vulneración de derechos fundamentales.

Existe, por tanto, una improcedencia de la acción dado que, de concederse, atentaría contra derechos fundamentales como el trabajo de los defensores de familia de la regional La Guajira, dado que lo que se pretende en el fondo es revivir términos los cuales están caducados desde la fecha del 5 de octubre de 2017. De la misma forma, existe indebida aplicación retroactiva del artículo 6 de la Ley 1960 ya que en dicha norma no se habla de la retroactividad, por lo cual se entiende que su aplicación sea para casos futuros a partir de su promulgación, es decir, desde el 27 de junio de 2019 y la lista de legibles proveniente de la convocatoria 433 de 2016 llegó a estar en firme el 31 de julio de 2018.

Por su parte, Jorge Adolfo Romero Lozano actuando igualmente en calidad de tercero interesado y como Defensor de Familia con nombramiento en provisionalidad inicialmente mediante la Resolución 0907 de febrero de 2017 y posteriormente en la Resolución 7781 del 5 de septiembre de 2017 en su escrito de respuesta al escrito de tutela, procedió a coadyuvar en su totalidad estos argumentos solicitando igualmente declarar la improcedencia de la acción de tutela por no cumplirse con el requisito de subsidiariedad, en la medida que el asunto debatido al ser de carácter legal debe ser dirimido ante el juez natural que para el caso es el juez contencioso administrativo.

De la misma forma, Cielo Margarita Vega Mendoza actuando como tercera interesada dentro del presente trámite de tutela en razón a que se podrían ver afectados sus intereses como defensora de familia nombrada en provisionalidad inicialmente con la Resolución 0334 del 7 de marzo 2017 y posteriormente a través de la Resolución 7781 del 5 de septiembre de 2017, coadyuva los argumentos y solicitudes expuestos por Jorge Adolfo Romero Lozano y Carlos Andrés vega, manifestando por demás que es madre cabeza de familia y el único sustento económico de sus hija menor de edad y que no cuenta con otro ingreso distinto al que devenga como defensora de familia en el Centro Zonal No. 6 Nazareth.

Sobre los argumentos expuestos de manera precedente, Álvaro José Amaya López en calidad de tercero interesado en este trámite por ostentar actualmente el cargo de defensor de familia en nombramiento en provisionalidad dado por el Decreto 7781 del 5 de septiembre de 2017, presentó escrito de respuesta al traslado de tutela por parte de este despacho, coadyuvando en este las pretensiones y argumentos de los demás interesados en los resultados de esta acción y además advirtiendo que es padre cabeza de familia siendo el único sustento de su hijo y su madre (quien padece diabetes tipo ii) y que en esa medida no dispone de un ingreso extra diferente a aquella que percibe con su cargo de defensor de familia, por lo que solicita declara improcedente la acción por no cumplir con la subsidiariedad y percibirse la ocurrencia de



un perjuicio irremediable para él y su núcleo familiar en caso de que sea como consecuencia de este fallo desvinculado de su cargo el cual ostenta en provisionalidad.

Bajo los criterios anteriormente expuesto por parte de Carlos Andrés Vega y coadyuvados por los demás interesados, el señor Jorge Mauricio Donado Correa procedió a presentar respuesta al traslado de tutela bajo los mismos criterios previamente señalados, indicando que su interés en el proceso radica en que en la actualidad ostenta el cargo de defensor de familia en nombramiento en provisionalidad en la planta temporal que se realizó mediante la Resolución No. 7781 del 5 de septiembre de 2016 *“por la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad”*.

En concordancia con lo anterior, Andrea del Rocio Forero Arciniega actuando como tercera interesada en la resolución de este trámite, pues ello podría afectar sus derechos como defensora de familia regional Tolima en nombramiento en provisionalidad inicialmente con la Resolución 0907 del 17 de febrero de 2017 y posteriormente en la Resolución No. 7781 del 5 de septiembre de 2017; manifestando en igual medida como lo hacen los demás terceros intervinientes en el presente asunto, que se opone a todas y cada una de las pretensiones elevadas en el escrito de tutela por parte de la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán, oposición que se sustenta en la coadyuvancia los fundamentos fácticos, jurídicos y petitorios señalados por Carlos Andrés Vega y los demás intervinientes.

Además, advierte que: (i) la convocatoria 433 del 2016 por medio de la cual se convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del ICBF se expidió bajo la vigencia de la Ley 909 de 2004, (ii) que los cargos nombrados en provisionalidad a través de la Resolución 7781v de 2017 expedida por el ICBF corresponde a cargos diferentes a los ofertados en la convocatoria 433 de 2016, (iii) que la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No. 20182230073855 del 18 de junio de 2018 expedida por la CNSC se profirió para proveer 23 vacantes que ya fueron nombradas y que se reguló bajo la convocatoria 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 y de la Ley 909 de 2004, (iv) en virtud del principio de ultraactividad de la ley, la normatividad aplicable a la convocatoria 433 de 2016 es la Ley 909 de 2004 y no la Ley 1960' de 2019, (v) la Ley 1960 de 2019 solo es aplicable a las listas de elegibles que se conformen dentro de los procesos de convocatoria que se generen después del 27 de junio de 2019 , (vi) en virtud de lo establecido por el por el parágrafo único del artículo tercero de la Resolución 7781 de 2017 los nombramientos realizados en provisionalidad tendrán vigencia hasta tanto se surta el respectivo proceso de selección necesarios para proveer definitivamente el empleos de carrera en los términos dispuestos por el Decreto 1083 de 2015 y (vii) la inseguridad jurídica demostrada por la CNSC y el ICBF evidenciada frente a la vigencia y aplicación de la Ley 1960 de 2019 pone en una situación de inminente peligro la estabilidad laboral de la personas nombradas en provisionalidad, que ascienden a los 3737 cargos que a la fecha están provistos y no fueron ofertados en la convocatoria 433 del 2016y que gozan de una estabilidad relativa, hasta tanto no se convoque a un nuevo concurso de méritos.

la presente acción no está llamada a prosperar en tanto no es el medio judicial idóneo para acceder a las pretensiones realizadas por el accionante, en tanto es la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer, tramitar y decidir sobre las pretensiones elevadas, sobre todo porque no se logra comprobar que se configure un perjuicio irremediable.

Fernando Luis Ávila Guzmán



En calidad de tercero interesado, Fernando Luis Ávila Guzmán mediante escrito procedió a dar respuesta a la acción de tutela y ejercer sus derechos de defensa en tanto sus derechos pueden verse afectados, defensa que sustenta bajo los siguientes argumentos:

Indica que a la actualidad ostenta el cargo de Defensor de Familia, Código 2125 y grado 17 del Centro Zonal Riohacha No. 2 del ICBF, como consecuencia de su participación en la convocatoria No. 433 de 2016 y su inclusión en la lista de elegibles en la que ocupó el puesto número 4, lo que derivó en su posterior nombramiento como defensor de familia. Indica que, fue nombrado en propiedad (periodo de prueba) en el cargo que ocupa mediante Resolución No. 10467 del 17 de agosto de 2018 y cuyo nombramiento se encuentra amparado constitucionalmente por el principio de meritocracia para acceder a la carrera administrativa.

Por lo anterior, señala que independientemente de considerar o no afectados los derechos fundamentales aludidos por la accionante, se respete los adquiridos por el suscrito en la medida que accedió a ellos mediante concurso de méritos, previamente a haber superado en condición de igualdad a los demás concursantes en todas sus etapas.

José Gregorio Pino Romero

Actuando en calidad de tercero interesado dentro del trámite, procedió a descorrer traslado de la acción de tutela argumentando como primera medida que su intervención se fundamenta en que actualmente ostenta el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 del Centro Zonal No. 2 de Riohacha, La Guajira; cargo al cual accedió mediante concurso de mérito previamente a haber superado todas las etapas previstas en la convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

Indica que como consecuencia de la convocatoria 433 de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la lista de elegibles respectiva mediante la Resolución No. 20182230073615 del 18 de julio de 2018 en la cual ocupó el primer lugar de las cuatro vacantes ofertadas para la entidad para la cual hoy labora desde el momento en que fue nombrado en periodo de prueba a través de la Resolución No.10408del 17 de agosto de 2018. Por lo anterior, señala que su cargo se encuentra amparado constitucionalmente en el principio de meritocracia para acceder a la carrera administrativa.

En tal virtud, solicita que independientemente de considerar afectados o no los derechos fundamentales aludidos por la accionante, se respeten los adquiridos por él bajo el principio de meritocracia para el acceso a la carrera administrativa ya que accedió a ellos mediante concurso de méritos previamente haber superado en condición de igualdad a los demás concursantes en todas las etapas.

Mónica Romero Gutiérrez

Descorre traslado a la acción de tutela impetrada por Ruth Fidelia Barros Iguarán bajo los siguientes argumentos:

- Señala que al analizar las pruebas presentadas en la acción de tutela con los hechos podemos concluir que la presente acción de tutela es improcedente en el sentido de que la tutela no cumple con la inmediatez dado que los nombramientos provisionales de los defensores de familia de la Regional Guajira fueron en el año 2017 y estamos en el 2020, es decir, más de los seis meses por lo que el reclamo es extemporáneo. Aunado a lo anterior, advierte que no se aprecia la necesidad y urgencia dado que la



accionante se encuentra en la misma posición, es decir, 31 de julio de 2018 sin que exista una modificación o causa de urgencia para decretar una medida cautelar.

- La accionante cuenta con otro mecanismo de defensa el cual se constituye en el medio efectivo, dado que si se analiza de manera objetiva, la accionante no está acreditado dentro del expediente como una de las personas de la tercera edad o de aquellas que sean discapacitadas, estén protegidas por un fuero (prepensionado) o efectivamente vulnerable para realizar la excepción y que el juez constitucional revise el fondo del asunto, así, por su edad, la accionante puede acudir a los mecanismos judiciales ordinarios dispuestos por el legislador para resolver las controversias de todo orden como el de su problemática con la interpretación de la convocatoria 433 de 2016, dado que no acepta que cuando se inscribió al concurso competía para cuatro cargos los cuales no tuvo la posibilidad de acceder dado que no tuvo el suficiente mérito para llegar.

- Todos los participantes que concursamos por una de las cuatro vacantes habidas en el Centro Zonal 2 de protección de Riohacha en la convocatoria 433 sabíamos que estábamos concursando para dichas plazas y no por otras, por lo cual a mi entendido es bastante temerario que la accionante casi un año después de quedar en firme la lista de elegibles manifieste en esta acción que desconocía cuál era la OPEC y la cantidad de plazas por las que estaba concursando y pero aun que intente inducir en error al juez de tutela para que falle como si fuera el juez de conocimiento que en este caso sería el juez administrativo, por lo cual intenta inducir en error al juez de manera temeraria.

- Por otra parte, señala que para el juez de tutela es de fácil entender que no es procedente aplicar la retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, dado que dicho fenómeno solo procede frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir las nuevas disposiciones normativas.

- En el caso de las convocatorias que se formen con la lista de elegibles con posterioridad a la vigencia de la Ley 1960 de 2019, situación que en el presente caso no aplica dado que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas de los concursos de méritos ya se encontraban agotadas lo cual conformo la lista de elegibles de la accionante a la cual también pertenezco desde el año 2018, es decir, es una situación fáctica y jurídica que no es susceptible de modificación por el tránsito de normatividad, pues queda claro que el aspirante hoy accionante concursó para la provisión de cuatro vacantes con OPEC 34714 mismas que fueron ocupadas por los aspirantes que ocupamos los cuatro primeros puestos de la lista de elegibles.

En virtud de lo anterior, como tercera interesada en garantías al ordenamiento jurídico y la postura de la Corte Constitucional solicita la improcedencia de la presente acción de tutela por tener un mecanismo judicial idóneo (nulidad y restablecimiento del derecho) y no cumplir con los requisitos de inmediatez ni subsidiariedad y aparte realizar una interpretación errada de aplicación de las normas en el tiempo.

6.- RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS Y/O VINCULADOS DESPUES DE LA NULIDAD

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF

Mediante escrito presentado el día 18 de mayo de 2020, el Jefe de Oficina Asesora Jurídica de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, procedió a presentar respuesta al traslado de tutela en los términos dispuestos por este despacho, pronunciando que realizó en concordancia con los siguientes argumentos:

Señala como primera medida que la acción constitucional impetrada por la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán resulta improcedente por no cumplir con los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: (i) ya se publicó la lista de elegibles y ya adquirió firmeza, la cual se conformó para proveer cuatro vacantes y en dicha lista la



accionante ocupó el puesto número 5, (ii) la accionante no cuestiona dicha lista sino situaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya aplicado directamente el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, para efecto de su nombramiento en las nuevas vacantes creadas con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016, (iii) la accionante ataca un acto de carácter general, proferido por la CNSC, denominado “*Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019*” del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad, el cual dispone la realización de una serie de acciones para efectuar el uso de las listas, y (iv) la accionante exige el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 (que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004) desconociendo que la misma norma en su artículo 2 creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual, la Ley otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil para regular el derecho.

Por otra parte, el ICBF resalta que no ha violado ningún derecho fundamental a la actora ya que: (i) de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento que se dio apertura a la convocatoria) el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-446 de 2011) las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la referida convocatoria y (ii) solo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC como órgano rector de la Carrera administrativa, emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio 2019”, en virtud de cual se hará uso de las listas conforme a la mencionada Ley, para aquellos casos en los que proceda. Aunado a lo anterior, señala que surtido el procedimiento establecido por la CNSC, el ICBF encontró que: es procedente solicitar el uso de la lista de elegibles, lo cual ya se llevó a cabo y se encuentra a la espera de que la Comisión autorice.

Respecto de los hechos que fundamentan la acción constitucional señala que: (i) la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC mediante el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, mediante convocatoria No. 433 de 2016, (ii) para el caso concreto, a través de la Oferta Pública de Empleos de Carrera No. 34714 (OPEC 34714), se ofertaron 4 vacantes del empleo de Defensor de Familia, código 2125 y grado 17, ofertada para la Regional Guajira – Riohacha (iii) la lista de elegibles fue publicada por la CNSC mediante Resolución 20182230073615 del 18 de julio de 2018, en dicha lista quedaron 19 elegibles de los cuales la accionante ocupó el puesto número 5, así, una vez en firme la lista (31 de julio de 2018) el ICBF procedió a efectuar el nombramiento de las personas que ocuparon los primeros lugares – José Gregorio Pino Romero, Mónica Romero Gutiérrez, José de Los Santos Henríquez Amaya y Fernando Luis Ávila Guzmán – procediendo el ICBF dentro del término de ley a realizar los nombramientos en periodo de prueba, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, Acuerdo 562 de 2016 y Decreto 1894 de 2012.

Po otro lado, indica que ante el cambio normativo a que se ha hecho referencia, para dar cumplimiento al 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, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, a la fecha ha adelantado las siguientes acciones:

- Verificación e identificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio citado (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,) y en especial la ubicación geográfica.



- Se validaron las 1.196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016.
- Se reportaron los empleos vacantes y se solicitó el uso de las listas de elegibles que cumplieran con lo establecido por la CNSC el 16 de enero de 2020.
- Como resultado de lo anterior, se evidencia que para la OPEC No. 39822 ofertada dentro de la Convocatoria 433 de 2016, existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC.
- Posteriormente se reportó y actualizó la OPEC, en el aplicativo Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la Oportunidad (SIMO), de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No. 20191000000117 del 29 de julio de 2019.
- Por lo anterior, la entidad mediante oficio No. 202012110000093311 de fecha 17 de abril de 2020, radicado en la CNSC con No. 20203200491772 de fecha 20 de abril de 2020, solicitó el uso de listas de elegibles para proveer las vacantes DEFINITIVAS que cumplen las condiciones del criterio unificado expedido por la CNSC, en especial la ubicación geográfica donde fue ofertado el empleo. Para el caso específico Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 OPEC (34714).
- A la fecha, se encuentran a la espera de la respuesta por parte de la CNSC, quienes informaran si existen elegibles que cumplan los requisitos para el uso de listas de elegibles de los empleos que cumplan las condiciones de (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica etc.).
- Por otra parte, la Dirección de Gestión Humana del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF el pasado 31 de marzo de 2020, mediante memorando interno No. 202012100000060023, solicitó adelantar los trámites para el levantamiento del previo concepto ante la Dirección General del Presupuesto Público de la Nación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de contar con los recursos para el pago a la CNSC del uso de listas de elegibles.

De otro lado, argumenta que la presente tutela es improcedente toda vez que no cumple con la trascendencia ius fundamental del asunto en tanto las particularidades fácticas y jurídicas de este caso exigen un análisis detallado y con mayor rigurosidad, máxime si se tiene en cuenta que: (i) la lista de elegibles en la que se encuentra la accionante ya fue publicada, (ii) la autora no ocupó el primer lugar en dicha lista y (iii) además pretende la aplicación inmediata y parcial de la Ley 1960 de 2019 frente a lo cual el ICBF ya determinó que la lista de elegibles de la actora puede ser utilizada en el marco del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 y solicitó su uso a la CNSC.

Adicionalmente, el ICBF advierte que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o listas de elegibles, pues las controversias que pueden suscitarse en dichos ámbitos son de distinta naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico. Así las cosas, señala que la controversia principal del presente asunto versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, bajo el seguimiento de las directrices establecidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

De la misma forma, señala que no se configura el requisito de subsidiariedad y no existe un perjuicio irremediable, ello en tanto la actora cuestiona el hecho de que no se haya llevado a cabo su nombramiento inmediato en aplicación de la Ley 1960 de 2019, que autoriza el uso de la lista de elegibles para cargos distintos a los ofertados en la respectiva convocatoria. En concreto, indica que la accionante se opone a los actos administrativos de carácter general, como el "Criterio unificado de la CNSC", y a las respuestas dadas a sus derechos de petición, esto es, ataca actos de la administración que le informan sobre la



necesidad de llevar a cabo procedimientos administrativos para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019, en este orden de ideas precisa que los actos administrativos no son susceptibles de ser atacados a través de la acción de tutela.

Conforme con lo anterior, indica que estos actos podrán ser controvertidos ante la jurisdicción de contencioso administrativa, a través de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, específicamente la acción de nulidad simple, para los actos generales y la de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual cuenta con medidas cautelares, que en virtud de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional se presumen idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

Por otro lado, advierte que como quiera que para llevar a cabo lo solicitado por la accionante, el ICBF requiere la intervención de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC para que autorice el uso de las listas de elegibles, el Instituto no es el único responsable respecto a la conducta presuntamente vulneratoria de los derechos fundamentales; así, para hacer efectivo cualquier nombramiento, con base en la lista de elegibles es necesario que la CNSC comunique al ICBF la autorización de su uso respecto de los aspirantes que ocupan lugares en aquellas listas. Informa que con base en esa directriz, toda vez que para el empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, entre otras, a través de la OPEC 34714, existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, ya se solicitó a esa entidad la autorización del uso de la lista de elegibles correspondiente.

En conclusión, para el cumplimiento de la Ley 1960 se requiere la concurrencia de la CNSC para que autorice el uso de las listas de elegibles y de esta forma se pueda proceder a efectuar el nombramiento de las personas autorizadas.

De otro lado, resalta que en el presente caso el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental de la accionante, en tanto: (i) adelantó todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019; y (ii) estableció la procedibilidad de hacer uso de la lista de elegibles de la accionante condicionada a la Revisión de los Criterios establecidos por la CNSC. Luego, informa que una vez la CNSC autorice el uso de la lista de elegibles en la que se encuentra la actora, el CBF procederá a hacer los nombramientos que corresponda en estricto orden de mérito.

Finalmente, solicita al Despacho declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por Ruth Fidelia Barros Iguaran por no cumplir los requisitos de: (i) trascendencia iusfundamental del asunto; y (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable, y en el mismo caso contrario, de manera subsidiaria solicita que sea negada, al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte del ICBF.

Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

El Asesor jurídico de la CNSC mediante escrito adiado 15 de mayo de 2020 procedió a emitir respuesta al traslado de tutela en los términos dispuestos, respuesta que sustenta de la siguiente forma:

Inicia informando que la CNSC desconoce las acciones que el ICBF ha realizado con respecto a su planta de personal, y solo se referirá a lo de su competencia. Luego, admite que la que la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán, participó en el concurso de méritos convocado mediante acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC No. 34714, y que, una vez superadas las fases del concurso, se publicó la Resolución No. CNSC – 20182230073615 del 18 de julio de 2018, en la cual la accionante ocupó el lugar No. 5, con un puntaje de 71.72.



Así mismo, indica que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al ICBF, el mencionado acto administrativo para que procedieran a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritória en la lista conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito. Como quiera que para el empleo en mención se ofertaron cuatro (4) vacantes, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba para el cargo, fueron los aspirantes que ocuparon los 4 primeros lugares en la lista de elegibles, así, dado que la accionante ocupó la posición No. 5, no es posible jurídicamente que se realice su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritória en cuanto al número de vacantes ofertadas. En ese sentir, advierte que el empleo identificado con el código OPEC 34714, se encuentra provisto.

Por otra parte, precisa que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una posición meritória en la lista de elegibles para proveer el empleo No. 34714 defensor de familia, código 2125, grado 17, se encuentran por el momento en espera a que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 30 de julio de 2020.

En estricto sentido, aclara que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritória en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó. De este modo, indica que las listas de elegibles generan un derecho adquirido a los elegibles que al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron, por el contrario, los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritória que les genere el derecho a ser nombrados, les asiste una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

Aclara la Comisión Nacional del Servicio Civil que, de surgir vacancias definitivas en el empleo por renuncia, muerte del titular, entre otros, éstas deban ser provistas con los integrantes de la lista específicamente conformada para el empleo No. 34714 durante el término de vigencia de la resolución No. 20182230073615 del 18 de julio de 2018. Advierte que hasta el momento no existe solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el No. OPEC 34714. Así, en el eventual caso que el ICBF, a la fecha, disponga de vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes (se refiere al grupo normativo de referencia sobre el cual se procesan las calificaciones de la prueba escrita para cada OPEC), deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes. Lo anterior, de conformidad con lo prescrito por la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior, la CNSC advierte que no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal, como lo dispone el Decreto 648 de 2017. En ese sentido, menciona que las acciones tendientes a un eventual nombramiento de la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán, corresponden al ICBF, aclarando con ello que la CNSC desconoce que el ICBF disponga de vacantes con la misma descripción del empleo en el cual participó la accionante e igual ubicación geográfica.

Por lo señalado anteriormente, solicita se disponga la desvinculación de la CNSC por la falta de legitimación por pasiva, puesto que pese a que esta llevó a cabo el proceso de concurso para proveer los



empleos vacantes definitivos en la planta de personal del ICBF, la Comisión solo tiene competencia hasta la expedición de lista de elegibles; el uso de listas y los asuntos de nombramientos, son competencia exclusiva del nominador del ICBF, y en el mismo sentido, de manera subsidiaria solicita no tutelar la acción interpuesta por la accionante en conrea de la CNSC, por cuanto no hay desconocimiento, ni violación alguna de los derechos fundamentales invocados por la actora de manera que no hay motivos para emitir orden en su contra.

Departamento Administrativo de la Función Pública

Mediante escrito presentado por parte del Director Jurídico del Departamento Administrativo de la Función Pública, el día 15 de mayo de 2020, procedió a presentar respuesta al traslado de tutela en los términos dispuestos por este despacho, pronunciamiento que realizó en concordancia con los siguientes argumentos:

Señala, que el Departamento Administrativo de la Función Pública, desconoce cada uno de los supuestos facticos señalados en la presente acción de tutela toda vez que estos tienen su origen al interior del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC. Aunado a lo anterior, indica que en desarrollo de un convenio administrativo, si bien este departamento apoya al ICBF en el trámite de los concursos públicos y abiertos para la selección de las ternas de las cuales serán elegidos los Directores Regionales del ICBF, el origen de la presente tutela no son dichos concursos, sino el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante en el cargo de Carrera del empleo identificado con el código o número OPEC 34714 denominado DEFENSOR DE FAMILIA CODIGO 2125-GRADO 17-DEPENDENCIA C.Z.RIOACHA 2 DEL MUNICIPIO DE RIHACHA, conforme la lista de elegibles conformada en la RESOLUCIÓN No CNSC-20182230073615 del 18 de julio de 2018, la cual se encuentra en firme, reiterando que frente a este asunto el Departamento Administrativo de la Función Pública no tuvo ninguna injerencia o participación.

Respecto de los hechos que fundamentan la acción constitucional, señala que: (i) no le consta, por tratarse del desarrollo propiamente de la convocatoria al interior del ICBF y menos el resultado de esta, (ii) no le consta, por cuanto el acto administrativo fue expedido por la CNSC, (iii) no le consta, (iv) no le consta por cuanto se trata de un asunto al interior del ICBF, (v) no le consta por cuanto se trata de un asunto propio del ICBF, (vi) es cierto en cuanto a la expedición de la ley 1960 de 2019, (vii) no les consta, amén, de que es una interpretación subjetiva de la accionante respecto de la utilización de la lista de elegibles con ocasión a la ley 1960 de 2019, (viii) no les consta por cuanto se trata de una situación al interior del ICBF y de la CNSC, (ix) es cierto en cuanto al contenido transcrito, por lo demás es una interpretación subjetiva de la accionante sobre el contenido del documento, (x) es cierto en cuanto el oficio en mención, (xi) no le consta, pues se trata de una apreciación subjetiva respecto del actuar del ICBF y de la CNSC, (xii) constituye una aseveración sobre pronunciamientos jurisprudenciales inherentes al tema de uso de la lista de elegibles, (xiii) constituye un referente de tutela en caso similar al de la accionante, que no es dable para el presente caso puesto que el fallo de tutela surte efectos inter-partes, (xiv) constituye una apreciación subjetiva respecto de la viabilidad de la solicitud de amparo deprecada por la accionante.

Luego, indica que se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la accionante, argumentado que el Departamento Administrativo de la Función Pública no ha violado, ni amenazado derecho fundamental alguno, amén de no tener injerencia alguna sobre los hechos alegados en la acción de tutela, razón por la cual solicita su desvinculación de la presente acción de tutela, al configurarse la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, atendiendo a que los hechos tienen una relación directa con el ICBF y la CNSC. A continuación, hizo referencia a las funciones establecidas en el Decreto 430 de 2016 para el Departamento Administrativo de la Función Pública, concluyendo que esto no



lo hace responsable por el no nombramiento de la accionante, bajo el entendido de que se encuentra en lista de elegibles conforme a la Resolución No. 20182230073615 del 18 de abril de 2018, en la cual ocupó el quinto lugar, lo cual corresponde única y exclusivamente al ICBF en anuencia con la CNSC, reiterando que ello comporta la exclusión del Departamento Administrativo de la Función Pública en el presente trámite tutelar por carecer de legitimación material en la causa por pasiva.

Seguidamente, se refirió a la definición de la de la acción de tutela en el artículo 86 de la Constitución Política, al carácter subsidiario de la misma, su empleo para la protección de un derecho constitucional fundamental amenazado por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de particulares y al condicionamiento de su ejercicio, reiterando que el Departamento Administrativo de la Función Pública en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental alguno y que por lo tanto debe oponerse a la pretensión de la accionante toda vez que no existen presupuestos fácticos o jurídicos que la fundamenten, ni la existencia de un perjuicio irremediable, que pudiera hacer aplicable la tutela como mecanismo transitorio. Luego, reitero las funciones del Departamento Administrativo de la Función Pública y su falta de legitimación material en la causa por pasiva en la presente tutela para responder por el concurso de méritos adelantado por parte de la CNSC y para hacer uso de la lista de elegibles, exclusivo del ICBF, argumentado que el artículo 130 Superior prevé la existencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil como organismo responsable de la administración y vigilancia de las carreras que no tengan el carácter de especial, y que a partir del año de 1991, fecha de expedición la actual Carta Política, los empleados públicos pertenecientes a las demás instituciones del Estado están sometidos a la carrera administrativa general, cuya vigilancia y administración corresponde de manera privativa y excluyente a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por lo anterior, señala que la actuación censurada por la accionante es competencia del ICBF, existe la mencionada falta de legitimación, y que esto se desprende del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que hace referencia a las etapas del proceso de selección o concurso. Luego, con respecto a los derechos fundamentales vulnerados, señala que no existe una relación de causalidad con los hechos descritos por la accionante y el actuar de la entidad por lo que considera que no hay vulneración, además, indica que estos derechos no cuentan con elementos fácticos y jurídicos que soporten dicha vulneración y que esto no deja de ser más que unas apreciaciones subjetivas encaminadas a cuestionar la lista de elegibles por el no nombramiento, del cual no hizo parte el Departamento Administrativo de la Función Pública. Aunado a lo anterior, argumenta con respecto a la violación del debido proceso, que no existen pruebas fehacientes o al menos sumarias sobre tal eventualidad, citando las sentencias C-540 de 1997, C-648 de 2001 y C-178 de 2014 de la Corte Constitucional.

Seguidamente, propone las excepciones de: (i) Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva del Departamento Administrativo de la Función Pública, argumentando, que, con fundamento en lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política, en el caso sub-examine la accionante no dirige la acción contra el Departamento Administrativo de la Función Pública, además, cita lo señalado sobre la legitimación por pasiva en la sentencia T-117 de 2019 y señala que no se avizora acción u omisión alguna por parte de este departamento con respecto de los hechos alegados por la accionante como generadores de una eventual vulneración a los derechos fundamentales, (ii) Inexistencia de Perjuicio Irremediable, refiriéndose a lo establecido en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la sentencia No. T-269/93 de la Corte Constitucional, señala que cuando se interpone la acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el interesado tiene la carga de probar, aunque sea sumariamente, la existencia de un perjuicio que sea inminente, que imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo, que amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico y que imponga la impostergabilidad del amparo. Por lo anterior, señala que en el



presente caso no se evidencia prueba de que alguna de que el perjuicio que sea irremediable, inminente, que requiera medidas urgentes y que su protección sea impostergable, y que esta situación debe ser valorada por el situación está que debe ser valorada por el Juez Constitucional, e (iii) Inexistencia de Vulneración de Derechos, argumenta que las entidades responsables del concurso han actuado bajo los principios de la buena fe, razonabilidad y proporcionalidad, razón por la cual señala que cuestionar estas actuaciones es un poco desacertado en la medida que solo son apreciaciones subjetivas de la accionante, por lo que no se cuenta con presupuestos facticos y jurídicos que arriben a tal apreciación.

Finalmente, y por las razones anteriormente anotadas, solicita al Despacho declarar probadas las excepciones propuestas y fundamentalmente la de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva del Departamento Administrativo de la Función Pública, dentro de la acción de tutela de la referencia.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Mediante escrito presentado por parte de la representante judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el día 15 de mayo de 2020, procedió a presentar respuesta al traslado de tutela en los términos dispuestos por este despacho, pronunciamiento que realizó en concordancia con los siguientes argumentos:

Con respecto a los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela, señala que a este ministerio le resultan completamente ajenas las acciones u omisiones desplegadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en lo relacionado con las actividades realizadas por la CNSC, y el ICBF en el concurso de méritos descrito en la tutela. Aunado a lo anterior, indica que dentro de la funciones señaladas por el Decreto No. 4712 de 2008, no existe ninguna faculte al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para intervenir en asuntos de competencia del ICBF y de la CNSC, razón por la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a la prosperidad de cualquier pretensión en su contra, teniendo en cuenta que no ha tenido, ni tiene relación alguna con lo perseguido a través de la presente acción de tutela, y no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

Luego, informa que el ICBF es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979, que mediante Decreto No. 4156 de 2011 fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, razón por la cual señala que debe darse aplicación a los términos del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, y que le corresponde exclusivamente a dicha entidad decidir sobre los recursos que le han sido asignados. Por otro lado, argumenta que este ministerio no es la entidad competente para acceder a las pretensiones de la accionante y que observando los hechos que originaron la presente tutela corresponden única y exclusivamente a actuaciones del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar en conjunto con la CNSC el proveer una solución a las peticiones de la accionante.

Seguidamente, y con respecto al aspecto presupuestal, indica que es pertinente tener en cuenta que los artículos 36 y 47 del Decreto Ley 111 de 1996 disponen el procedimiento para el trámite de las apropiaciones presupuestales para cada sección del presupuesto, al respecto de estas disposiciones cito lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-101/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y señalo que de conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, el presupuesto asignado por Ley al Ministerio de Hacienda compromete los gastos de funcionamiento del personal de planta, sin reconocer, ni pagar salarios y prestaciones de otras entidades, Luego, cito el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, y señalo que de conformidad con lo expuesto en este estatuto el hecho de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación, prepare el



proyecto del Presupuesto, no quiere decir que el Ministerio deba responder por todas las obligaciones que eventualmente puedan surgir a cargo de la Nación, toda vez que el mismo estatuto tiene previsto en su artículo 45 la forma en que se atienden las obligaciones originadas en decisiones judiciales y que de la misma manera se debe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 2.8.6.1.1 del Decreto 1068 de 2015, a partir del 1° de marzo de 1995 los créditos judicialmente reconocidos, las conciliaciones y los laudos arbitrales deberán ser remitidos por la autoridad judicial o la administrativa que los reciba, al órgano condenado u obligado. Luego reitero lo argumentos esbozados para no atribuirle en la presente tutela la vulneración al el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y señalo que el artículo 122 de la Constitución Política, establece que para la creación de empleos públicos remunerados requiere que estén incluidos en la planta de personal y que sus costos estén previstos en el presupuesto de la entidad.

Por lo anterior, indica que por cuenta de este Ministerio no o es posible acceder a las pretensiones formuladas en la presente tutela ya que de hacerlo se estaría violando el principio de legalidad, además, señala que la actuación de los funcionarios del Estado está supeditada a la Constitución Política y las Leyes, y como fundamento de lo anterior se refirió lo establecido en los artículos 6°, 121 y 122 de la Carta Política, y al artículo 5° de la Ley 489 de 1998. En consecuencia, argumenta que no es legalmente factible exigir a una entidad el ejercicio de acciones que se encuentran por fuera de las funciones que expresamente le señalen la Constitución Política y la ley.

Seguidamente, como argumentos de su defensa, señala que existe:

(i) Improcedencia de la Acción de Tutela frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, citando el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, argumenta que este Ministerio no es la entidad que eventualmente haya vulnerado o amenazado algún derecho fundamental a la accionante, toda vez que no tiene competencia para resolver temas relacionados con concurso de méritos desplegadas por la CNSC y el ICBF.

(ii) Principio de Legalidad, refiriéndose a lo establecido en el artículo 5° de la Ley 489 de 1998, los artículos 6°, 121, 122 y 123 de la Constitución Política, el artículo 14 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, lo relacionado con principio de anualidad citando la sentencia C-337 de 1993 y al artículo 8° de la Ley 819 de 2003, señaló que no es competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público comprometer y ejecutar las apropiaciones asignadas en otra sección presupuestal, toda vez que la actuación de la administración debe estar enmarcada dentro del principio de legalidad y que al servidor público sólo le es posible cumplir con las funciones que expresamente se le han asignado, y debe hacerlo con la mayor diligencia posible, reiterando que este ministerio carece de competencia para efectuar el reconocimiento y pago de lo solicitado por la accionante.

(iii) Apropiaciones Presupuestales Destinadas al ICBF para la Vigencia Fiscal 2020, argumentando que el ICBF cuenta con las apropiaciones suficientes para sufragar "los gastos o contingencias tales como las que puede ocasionar los trámites administrativos para la utilización de la lista de elegibles, a fin de cubrir los nuevos cargos de Defensor de Familia que en la actualidad se encuentran cubiertos en encargo y provisionalidad", de conformidad con el concepto técnico suministrado por la Dirección General de Presupuesto Público (memorando 3-2020-006978), además, con respecto a la programación presupuestal y aprobación de la Ley del Presupuesto General de la Nación en cada vigencia fiscal, indicó que aparte del ente legislativo, concurren las secciones presupuestales que son las encargadas de solicitar los recursos pertinentes de acuerdo a sus objetivos y prioridades institucionales, con base en los anteproyectos de presupuesto que presentan las entidades, se asignan los recursos consultando las disponibilidades fiscales existentes, en aplicación de las normas vigentes y los instrumentos establecidos para el efecto,



resaltando la Ley 1473 de 2011. Aunado a lo anterior, señalo que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como gestor de la política fiscal y económica del país, tiene fijadas funciones específicas, relacionadas con la asignación de los recursos en forma global a las entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, refiriendo al trámite y condiciones para esta asignación. Finalmente, informo que de conformidad con lo anterior, la ejecución de los recursos que son aprobados por el Congreso de la República mediante la Ley Anual de Presupuesto, queda en cabeza de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, en este caso, del ICBF, ubicado en la sección presupuestal 4106 de la Ley 2008 de 2019, en virtud de la autonomía presupuestal establecida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, establecida en su artículo 110.

Finalmente, y por las razones anteriormente anotadas, solicitó al Despacho desvincular al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la presente acción constitucional.

Carlos Andrés Vega Mendoza y otros

En calidad de tercero interesado, el señor Carlos Andrés Vega Mendoza en coadyudancia con los vinculados Jorge Adolfo Romero y Otros, el día 15 de mayo de 2020, presentó informe a la acción de tutela presentada por la señora Ruth Fidelia Borros Iguarán, en la medida que en la actualidad ostenta el cargo de Defensor de Familia en provisionalidad, inicialmente con la resolución 0907 del 17 de febrero de 2017 *“por lo cual se hacen unos nombramientos en empleos de carácter temporal”* y en planta temporal y posteriormente en la resolución 7781 del 5 de septiembre de 2017 *“por los cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad”*, aclarando que, en la actualidad se encuentra bajo extensión de fuero de maternidad reforzada de mujer embarazada dado que su esposa Kathleen Herrera Flórez se encuentra en estado de gravidez y el ICBF se encuentra debidamente notificado, advirtiendo además que, se opone a todas y cada una de las pretensiones de la presente acción por carecer de fundamentos facticos y jurídicos.

Respecto de los hechos que fundamentan la acción constitucional, señala que: (i) en la convocatoria No. 433 de 2016 solo se ofertaron cuatro (4) cargos con OPEC 34714, código 2125, grado 17, así los participantes tenían claro que participaban solo por los cuatro plazas y/o cargos vacantes para los cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de la misma convocatoria, es decir, el de plazas a proveer, así como tampoco la Comisión Nacional del Servicio Civil en ninguna parte de la convocatoria No 433 se admite su utilización para vacantes creadas para un número mayor de plazas ofertadas, en el evento de vacantes creadas con posterioridad y/o otros cargos en vacancia definitiva dentro de su vigencia para el registro o lista de elegibles, por lo tanto, al no existir una cláusula que ordene tal situación de manera expresa para la utilización de registro de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los que fueron ofertados, se puede concluir que la convocatoria 433 no planeo efectuar la excepción para la aplicación de dicha lista para unas vacantes diferentes a la OPEC 34714 con cuatro cargos vacantes; (ii) al conformarse la lista de elegibles para los cuatro cargos, la señora Ruth Fidelia Barros en su proceso para alcanzar el mérito no alcanzó el puntaje para solicitar bajo derecho propio una de las cuatro vacantes del OPEC 34714, no configurándose su derecho constitucional al mérito sino que al quedar en quinto lugar en el registro o lista de elegibles quedó bajo una expectativa de derechos, esperando que uno de los ganadores en la lista o registro de elegibles deje en vacancia definitiva el OPEC 34714 del cargo de defensor de familia;(iii) la accionante solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que le informara si existían vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional la Guajira, sin embargo, en respuesta emitida por parte de la oficina de gestión humana del ICBF, por cuanto los cargos se encuentran



provistos a través nombramientos en provisionalidad y estos no fueron objeto de la convocatoria No. 433 de 2016 por ser creados de manera posterior, por lo cual no tienen igual OPEC, es decir, a la fecha de la respuesta al derecho de petición el ICBF no podía manifestar sobre la existencia de vacantes en el cargo de defensor de familia; (iv) la accionante en su proceso para alcanzar el mérito no le alcanzó el puntaje para solicitar bajo derecho propio una de las cuatro plazas del OPEC 34714 para defensor de familia en virtud del mérito no configurándose su derecho constitucional al mérito si no que al quedar en el quinto lugar en el registro o lista de elegibles quedó bajo una expectativa de derecho esperando que alguno de los ganadores deje en vacancia definitiva el OPEC 34714 del cargo de defensor de familia por así la lista o registro de elegibles otorga derecho al mérito y la persona beneficiada entre al sistema de carrera; (v) no es cierto que el doctor Jorge Romero Solórzano defensor de familia del Centro Zonal No. 2 de Riohacha quien cuenta con fuero sindical en el cargo que ocupa se encuentre vacante o que haya sido sometido a concurso de mérito de carrera administrativa por parte de la CNSC por lo cual es imposible que su cargo tenga algún OPEC o el mismo número de OPEC por el que concursó la accionante y los cargos de defensores de familia en Riohacha, Manaure, Maicao, Nazareth nombrados en provisionalidad a los que se refiere la accionante no se encuentran vacantes y no fueron objeto de oferta en la convocatoria 433 de 2016, los cargos a los que hace referencia la accionante y que a la fecha se encuentran provistos en provisionalidad no se encuentran en ninguna de las situaciones de vacancia definitiva establecidas en el Decreto Ley 1083 de 2015 artículo 2.2.5.2.1, pues los mismos cuando fueron nombrados en provisionalidad venían de listas de elegibles de idoneidad de la dependencia de Gestión Humana del ICBF, dado que su vinculación inicial fue por mérito puesto que fueron primero mediante la planta temporal a través de la convocatoria abierta No. PT-DF 001 y PT-DF 002.

Por otro lado, indica que no existe dentro del expediente de petición por parte de la accionante en donde solicite al ICBF en septiembre o en octubre de 2017 que condicione los nombramientos de los defensores de familia de Riohacha, Maicao, Manaure y Nazareth como tampoco medio de control de nulidad electoral por parte de la accionante, así al no existir dicho medio con restablecimiento desde los nombramientos de la Resolución 7781 del 5 de septiembre de 2017 a la presente fecha la acción ya se encuentra caducada; (vi) que si bien la Ley 1960 de 2019 permite que se haga uso de las listas de elegibles para las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la realización de la convocatoria de concurso de la misma entidad, esta posibilidad conforme al principio de vigencia normativa solo es aplicable a los concursos o convocatorias que se publiquen en vigencia de la aplicación de la Ley 1960, es decir, desde el 27 de junio de 2019. De la misma forma, la modificación introducida por la Ley en cita no le es aplicable a la convocatoria No. 433 la cual se rigió por la Ley 909 de 2004 que en su artículo 31 numeral 4 disponía *“Lista de Elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicios 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.”*

En conclusión, con el tenor literal de la Ley 1960 de 2019 se tiene que cumplir con los siguientes elementos: - Que el cargo haya sido creado de manera posterior a la convocatoria. - Que dichas vacantes solo serán aplicables a las listas expedidas producto de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019. - Que se encuentre en vacancia definitiva. Con lo cual ante la ausencia de los tres elementos no es posible dar aplicación a la norma precitada, (vii) el criterio unificado expuesto por la accionante quedó derogado o sin efecto bajo el nuevo criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, donde La Comisión Nacional del Servicio Civil a través de criterio unificado del 16 de enero de 2020, estableció ¿Cuál es el régimen aplicable a la lista de elegible conformada y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1960 del 27 de julio de 2019?



En los hechos: (viii) Indica que si lo que desea la accionante es definir, si la convocatoria pública 433 de 2016 cumple o no con la legislación vigente o si la misma resulta injusta luego de haber sido aceptada por la accionante las condiciones desde la inscripción en el concurso de mérito del ICBF o pretende entrar a modificar a conveniencia de los aspirantes el número de cargos ofertados tal situación es la que debe ventilarse ante el juez natural y no del juez de tutela, pues lo que se debate es la legalidad y validez de la convocatoria misma, así como de los actos administrativos que la integran y si el CNSC se encontraba facultada para modificar tales condicionamientos, por lo tanto, lo que busca la accionante es atacar la legalidad de un acto administrativo y como consecuencia busca decretar de facto la nulidad electoral de nombramiento mediante la acción de tutela. Dado que el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante y las pretensiones se resumen en una queja puntual frente al cargo que aspiró y no se hizo el debido nombramiento por el puesto ocupado, debido a que el cargo para el cual aspiró si bien fue superado durante las etapas del concurso, dichos cargos no hicieron parte de la oferta consignada de manera restrictiva en la convocatoria 433 de 2016, sin que tales circunstancias constituyan por sí solas una trasgresión a los derechos fundamentales reclamados, sino que hace parte de la dinámica de los concursos de méritos donde se premian los primeros lugares, por lo tanto la accionante debe acudir al proceso de su naturaleza que es la jurisdicción contenciosa administrativa.

Indica en los hechos: (ix) el caso de la accionante encuadra dentro de las listas de elegible que adquirieron firmeza, así como de 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 expedidas en los respectivos acuerdos de convocatoria, es decir, no le aplica la Ley 1960 del 27 de junio de 2019. De conformidad con el concepto unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, no se evidencia que exista vulneración de los derechos predicados por la accionante, por cuanto claro está, que la lista de elegibles para la convocatoria 433 de 2016 se regula por lo dispuesto en el artículo 31 numeral 4 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 57 del acuerdo No. 20161000001376 y no por la Ley 1960, (x) es el procedimiento aplicable para las listas de elegibles conformados bajo el parámetro de la ley 1960 de 2019 aplicable después del 27 de junio de 2019, (xi) no existe una vulneración a los derechos invocados en tanto:

-El hecho de que la accionante haya concursado en la convocatoria No. 433 de 2016 no conllevó a la creación de mérito o al derecho de carrera dado que su puntaje no le alcanzó para solicitar una de las cuatro plazas, sino una expectativa.

-La accionante participó en condiciones de igualdad dentro de la conformación del registro o lista de elegibles de la Resolución No. CNSC 20182230073615, pretendiendo desvincularla a un funcionario, del cual solo puede ser separado mediante concurso de méritos cuando su plaza sea llamada a concurso, (3) su derecho al trabajo no se vulnera en tanto no tiene mérito para solicitar una vacante que no fue ofertada para concurso.

- No se vulnera el derecho adquirido, pues el hecho de que la accionante se encuentre en la lista de elegibles no le otorga un derecho adquirido sino una expectativa.

- La CNSC es la única entidad que se encuentra facultada para informarle al ICBF que las vacantes son susceptibles de estar provistas de acuerdo a lo regulado por la Ley 909 de 2004, norma que reguló la convocatoria 433 de 2016-

Señala que en los hechos: (xiii) existe un reciente precedente judicial horizontal del TRIBUNAL SUPERIOR DEL ATLANTICO SALA PENAL del 19 de febrero de 2020 radicación 08-001-31-09-003-2019-



00045-01, M.P. Jorge Eliecer Cabrera, donde la acción de tutela de la accionante tiene las mismas circunstancias, (xii) las circunstancias fácticas y jurídicas del fallo señalado no homologables en sentido que en el fallo de tribunal de Santander concedió el derecho dado que unos de los que había ganado el concurso de mérito renunció y nombraron en encargo cuando el ICBF debió utilizar la lista de elegibles, y (xiv) es una pretensión y/o una interpretación del accionante

Luego, el vinculado expuso los fundamentos de la coadyudancia y como fundamentos de hecho y de derecho se refirió a los antecedentes de la Convocatoria No. 433 de 2016 y del Decreto 1479 de 2017, al problema jurídico de la acción de tutela y caso concreto. Seguidamente, y con base en las anteriores consideraciones concluyo que: (i) la convocatoria 433 del 2016 por medio de la cual se convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del ICBF se expidió bajo la vigencia de la Ley 909 de 2004, (ii) los cargos nombrados en provisionalidad a través de la Resolución 7781 de 2017 expedida por el ICBF corresponde a cargos diferentes a los ofertados en la convocatoria 433 de 2016, (iii) la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No. 20182230073615 del 18 de junio de 2018 expedida por la CNSC se profirió para proveer 23 vacantes que ya fueron nombradas y que se reguló bajo la convocatoria 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 y de la Ley 909 de 2004, (iv) en virtud del principio de ultraactividad de la ley, la normatividad aplicable a la convocatoria 433 de 2016 es la Ley 909 de 2004 y no la Ley 1960 de 2019, (v) la Ley 1960 de 2019 solo es aplicable a las listas de elegibles que se conformen dentro de los procesos de convocatoria que se generen después del 27 de junio de 2019, (vi) en virtud de lo establecido por el parágrafo único del artículo tercero de la Resolución 7781 de 2017 los nombramientos realizados en provisionalidad tendrán vigencia hasta tanto se surta el respectivo proceso de selección necesarios para proveer definitivamente el empleos de carrera en los términos dispuestos por el Decreto 1083 de 2015.

Finalmente, solicitó al Despacho que niegue por improcedente la acción de tutela dado que esta no puede remplazar los mecanismos ordinarios plasmados por el legislador como lo son la nulidad electoral con fines restablecimiento de derecho ante el juez de conocimiento experto en el presente tema.

Defensora de Familia Centro Zonal Jordan ICBF Sede Regional Tolima

En calidad de tercera interesada, el día 15 de mayo de 2020, la señora Andrea del Rocio Arciniegas Forero, en su condición de Defensora de Familia del Centro Zonal Jordan ICBF Sede Regional Tolima, procedió a presentar respuesta al traslado de tutela en los términos dispuestos por este despacho, pronunciamiento que realizó remitiendo copia del fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Ibagué el día 26 de febrero de 2020, radicación 2020-00058, además, de la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barraquilla Sala de Decisión Penal el día 19 de febrero de 2020, radicación 2019-00045-01, y de escrito de impugnación de fallo de tutela suscrito por Asesor jurídico de la CNSC dirigido a la Juez Novena Administrativo Oral de Pasto, con radicación 2020-0032.

Defensor de Familia Centro Zonal Noroccidental ICBF Sede Regional Antioquia

Mediante escrito presentado el día 19 de mayo de 2020, el señor Anderson Múnera Bedoya, en su condición de Defensor de Familia vinculado a través de encargo en Centro Zonal Noroccidental ICBF Sede Regional Antioquia, procedió a presentar respuesta al traslado de tutela en los términos dispuestos por este despacho, pronunciamiento que realizó en concordancia con los siguientes argumentos:



Señalo, que el acuerdo de convocatoria 20201000001376 del 5 de septiembre de 2016 estableció claramente la regulación del proceso de Convocatoria 433 del ICBF, y que en el parágrafo del artículo 62 del citado acuerdo se estableció que las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894/12, mientras este se encuentre vigente. Aunado a lo anterior, indica que el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012, compilado en el Decreto 1083 de 2015, norma vigente al momento de expedir el acuerdo de convocatoria, define el orden de provisión de los empleos de carrera y dispone en el inciso 6° del artículo 1° que si agotados dichos órdenes no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad, además, que en su parágrafo 1 del artículo 1° prevé que una vez provistos en periodo de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas, como resultados del proceso 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.

Luego, señaló que la Resolución 201822301567 del 22 de noviembre de 2018 revocó el numeral cuarto de los actos administrativos de la lista de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 433, en el cual se indicaba que la lista de elegibles se debía de utilizar para los empleos que se llegarán o crear o se declararán en vacancia temporal o definitiva. Seguidamente, señala que en el inciso 2° del artículo 2.2.6.3 del Decreto 1083 de 2015 se establece que la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga a la CNSC, a la administración, a la entidad que efectúa el concurso y a los participantes, y que esta situación ha sido deprecada por la SU-913 DE 2009 y la SU-446-11. Aunado a lo anterior, informa que el régimen jurídico aplicable a esta Convocatoria es la ley 909 de 2004, sin la modificación de la ley 1960, se refiere a lo establecido en el inciso 3° del artículo 125 de la Constitución y que la ley 909 de 2004 establece que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.

Seguidamente, informa que superar el periodo de prueba genera derechos de carrera, entre los cuales está el derecho a estar en encargo y permanecer en él hasta tanto se surta el respectivo proceso de selección de conformidad con la normatividad vigente, y que la lista de elegibles no consolida un derecho, sino una expectativa para ocupar el cargo al cual aspira. Finalmente, indica que acceder a lo pretendido por la accionante desconoce los derechos que ostenta como empleado en encargo y vulnera gravemente sus derechos.

7.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

En concordancia con el factor territorial descrito en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, este despacho es competente para conocer y decidir de fondo el presente asunto.

2. Problemas Jurídicos

En concordancia con los hechos y pretensiones esgrimidos por el accionante, y las partes demandadas y vinculadas al presente proceso y del material probatorio que conforman el expediente en cuestión, corresponde a este despacho resolver el siguiente problema jurídico:



¿Cumple la acción de tutela instaura por la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán con los requisitos de procedibilidad previstos en el Decreto 2591 de 1991? De ser así, corresponde a este despacho determinar si:

¿Vulnera el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Comisión Nacional del Servicio Civil y demás entidades públicas vinculadas los derechos al debido proceso, carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo y dignidad humana invocados por la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán al no dar aplicación al criterio unificado uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, con ponencia del comisionado Fridole Balen Duque en sesión del 16 de enero de 2020 y por tanto realizar de forma ágil el nombramiento como defensora de familia en la vacante existente en el Centro Zonal No. 2 de Riohacha, que actualmente se encuentra provisto en provisionalidad?

3. Requisitos de Procedibilidad

Legitimación por activa: El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa. Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona. Lo anterior no se opone a que la defensa de los derechos fundamentales no pueda lograrse a través de representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso". Sentencia T-086 de 2010

Así, en el presente caso dicho requerimiento se cumple toda vez que es la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán quien ostenta la titularidad de los derechos constitucionales fundamentales cuya protección pretende a nombre propio mediante esta acción constitucional, de esta forma al ser la titular y quien presuntamente se encuentra trasgredida en sus derechos fundamentales se legitima por activa para impetrar la presente acción de tutela.

Legitimación por pasiva: hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que el amparo procede contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre los cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros.

En el asunto de la referencia, las entidades que fungen como demandadas, esto es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, así como las vinculadas son entidades de orden nacional y de carácter público que obedecen a una naturaleza de función pública, aunado que son estas a quienes se atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, motivo por



el cual reúnen los requerimientos necesarios para estar legitimadas por pasiva y en ese orden ser demandadas a través del trámite de tutela.

Aunado a lo anterior, son las entidades de quienes se depreca el cumplimiento de la ley y normas reglamentarias en términos razonables, que no pongan en peligro el acceso a cargos públicos por mérito y vulneren del debido proceso administrativo.

Ha de indicarse que cada una de las entidades accionadas están en la obligación de adoptar medidas para dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, cada una dentro del ámbito de sus competencias, por tanto no es de recibo el argumento de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el sentido de que carece de legitimación por pasiva, por cuanto solo tiene competencia hasta la expedición de la listas de elegibles, en la medida que el uso de listas y los asuntos de nombramientos, son competencia exclusiva del nominador ICBF, toda vez que pasa por alto las normas que está llamada a respetar y hacer respetar como órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la ley correspondiente (artículo 7 Ley 909 de 2004), tal cual lo dispone el Acuerdo 562 de 2016 el que *reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004* , que determina **“ARTÍCULO 2º. Competencia. En desarrollo de las funciones de administración, por disposición legal compete exclusivamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil conformar las listas de elegibles para los empleos objeto de concurso, así como organizar y administrar el Banco Nacional de Listas de Elegibles y autorizar sus usos y respectivos cobros, teniendo en cuenta el orden de provisión previsto en el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015) y sus parágrafos reglamentarios.”**

Igualmente frente al Ministerio de Hacienda quien argumenta que tampoco tiene legitimación dentro del presente asunto el Despacho encuentra procedente su vinculación al presente trámite, pues si bien indicó que el ICBF cuenta con las apropiaciones suficientes para sufragar “los gastos o contingencias tales como las que puede ocasionar los trámites administrativos para la utilización de la lista de elegibles, a fin de cubrir los nuevos cargos de Defensor de Familia que en la actualidad se encuentran cubiertos en encargo provisionalidad”, lo cierto es que la referida entidad argumenta que requiere de dicha entidad para dar aplicación al criterio unificado cuyo cumplimiento se depreca en el presente asunto y de hecho manifestó que el pasado 31 de marzo de 2020, mediante memorando interno No. 20201210000060023, solicitó adelantar los trámites para el levantamiento del previo concepto ante la Dirección General del Presupuesto Público de la Nación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de contar con los recursos para el pago a la CNSC del uso de listas de elegibles.

Así entonces se denota, la competencia que en el trámite que nos ocupa tiene el referido Ministerio y que no puede ser soslayada a efectos de determinar si existe o no la vulneración alegada, por lo que contrario a lo argumentado por dicho ente, esta judicatura lo encuentra legitimado por pasiva dentro del sub lite.

No ocurre lo mismo, con el Departamento Administrativo de la Función Pública, por cuanto según lo argumentado por el mismo y los hechos que se debaten, no encuentra el Despacho que pueda concurrir dentro de sus competencias a alguna eventual vulneración de las alegadas por la accionante. Por tanto se ordenará su desvinculación.



Subsidiariedad. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que “Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Del texto de la norma se evidencia que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela. Sobre el particular, en la sentencia T-373 de 2016, la Corte Constitucional reiteró que, cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.

Así, en el presente caso, dadas las circunstancias planteadas derivadas de los fundamentos fácticos y probatorios aportados, se hace indispensable determinar si la vulneración alegada corresponde o no a una materia de competencia atribuible al juez de tutela o si por el contrario se podría configurar un perjuicio irremediable, motivo por el cual dicho requisito se analizará en el acápite correspondiente al caso concreto.

Inmediatez: El requisito de inmediatez hace referencia a que la acción de tutela se debe interponer dentro de un plazo razonable y proporcional al hecho o acto que generó la presunta violación de los derechos fundamentales invocados, ello con el objetivo de evitar que se desvirtúe la naturaleza célere y urgente de la acción de tutela, o se promueva la negligencia de los actores y que la misma se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

Al respecto, la Sentencia SU-961 de 1999⁴ mediante la cual se dio origen al principio de la inmediatez, indicó como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo.

Asunto diferente es que, teniendo en cuenta el sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable, sino, que la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto de acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

Al respecto, la Corte Constitucional infirió tres reglas centrales en el análisis de la inmediatez: (i) la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución.(ii) la satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto y, (iii) esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental. En consecuencia, si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no

⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-961 del primero (01) de diciembre de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción.

Así, en el caso bajo estudio este despacho encuentra que este requisito se cumple toda vez que la existencia de la presunta vulneración alegada se configuró a partir de la respuesta proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil adiada 27 de enero de 2020 en la cual resuelve la solicitud de nombramiento como defensora de familia de la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán del 23 de diciembre de 2019; así, es evidente que de la temporalidad expuesta es posible evidenciar que no trascurrieron más de tres meses contados a partir de la configuración de la presunta vulneración y la interposición de esta acción constitucional, la cual fue presentada el 12 de marzo de 2020, con lo cual es claro que el término transcurrido entre uno y otro hecho resulta ajustado y razonable de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia emitida sobre la materia por parte de la Corte Constitucional, cumpliéndose a cabalidad con las características y requerimientos propios de la inmediatez.

Ahora bien, no puede contarse el término de la presunta violación alegada en el sub lite desde la fecha de los nombramientos de las personas que se encuentran ocupando en provisionalidad el cargo de Defensor de Familia número OPEC 34714 Código 2125 grado 17 en la Regional Riohacha, habida cuenta que, como lo señala la accionante, el referido nombramiento no es el que se controvierte en el presente asunto, sino la demora, que ni siquiera negativa de las accionadas en adelantar los trámites internos para establecer si es procedente su nombramiento en el referido cargo, así entonces de trata de hechos diferentes 1. (Nombramientos en provisionalidad) y 2. (Negligencia o demora en adoptar una decisión que se considera procedente), ocurridos en tiempos diferentes, siendo el último el atacado por la acción de tutela, por tanto, el tiempo para determinar la inmediatez debe ser contabilizado como en antelación se expuso.

Derecho al debido proceso administrativo⁵

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental previsto en el artículo 29 de la Carta Política, el cual se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas con el fin de que todos los integrantes de la comunidad nacional, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución.

En ese sentido, la Corte Constitucional señala que el debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado, que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio, así, ha sostenido que:

“las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las

⁵ La Corte Constitucional ha señalado que el debido proceso administrativo ha sido definido jurisprudencialmente como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”. Sentencia T-051 de 2006.



autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.”⁶

Del mismo modo ha señalado que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: *“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”⁷*

Esas garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que a modo de ejemplo el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis. Sentencia C-034 de 2014

En este orden de ideas cualquier transgresión a las garantías mínimas mencionadas anteriormente, atentaría contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción) y vulneraría los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones y en tal medida, se hace efectiva la procedencia de la acción de tutela⁸.

En síntesis, puede decirse entonces que el derecho fundamental al debido proceso se aplica a toda actuación administrativa, lo que significa que las autoridades deben velar por el cumplimiento del principio de legalidad desde el inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación. Con ello, se busca delimitar la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa.

La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos.

De manera reiterada, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

⁶ Cfr. Corte constitucional sentencia T.688 de 2014, (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-010 de 2017. (M.P. Alberto Rojas Ríos).

⁸ Sobre este asunto, la Corte Constitucional manifiesta que *“Cuando las actuaciones administrativas comprometen derechos fundamentales de los ciudadanos, el juez de tutela adquiere competencia, no para intervenir en las discusiones de carácter legal, pero sí para garantizar la protección a los derechos fundamentales.”*. Sentencia T-154 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).



De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos la Corte Constitucional reivindica la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos. Al respecto, mediante Sentencia T-315 de 1998 la Corte señaló:

“(...) en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

De la misma forma, advierte la Corte Constitucional que “... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.” Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002

En los mismos términos, en la Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata.

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de la referida Corporación, la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.



La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa

El Tribunal Constitucional en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que “*las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme*”. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.

La convocatoria es, entonces, “*la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes*”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.” (...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.” Por otra parte, dentro de las convocatorias y como pauta del concurso, es posible que por parte del legislador o de la misma entidad convocante, se permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido el Alto Tribunal en distintos fallos.

El primero de ellos se presentó en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.

En otra oportunidad, la sentencia de unificación 446 de 2011 concluyó que la Fiscalía General de la Nación estaba obligada a proveer única y exclusivamente el número de cargos ofertados en cada una de las convocatorias realizadas, puesto que por un lado, la cantidad de empleos a proveer con el concurso era una regla específica que no se podía inobservar y, por otro lado, ni el legislador ni la entidad previeron expresamente que el registro de elegibles podría ser utilizado para ocupar empleos por fuera del número



de los convocados. Sin embargo, aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, ya que reconocía el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, pero en el caso concreto que se estudiaba el legislador no había consagrado una norma similar por lo que los supuestos de hecho no eran los mismos.

En el mismo sentido la Corte añadió:

“Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.”

Se determina entonces en este apartado, conforme a lo que se ha expuesto, la obligación de respetar las pautas de la convocatoria y de su carácter vinculante e inmodificable, así como el deber de hacer uso de la lista de elegibles para proveer una vacante de grado igual con la misma denominación cuando así se ha contemplado en la convocatoria.

1.- CASO CONCRETO

Corresponde a este despacho judicial entrar a resolver los problemas jurídicos planteados y estudiar la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo, dignidad humana en concordancia con los principios constitucionales de la función pública de mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad, confianza legítima y publicidad de la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán como consecuencia de la mora o negligencia de las accionadas para adelantar su nombramiento como Defensora de Familia en el Centro Zonal No. 2 de Riohacha, La Guajira, cargo que a la actualidad se encuentra provisto bajo nombramiento en provisionalidad. Lo anterior, en cumplimiento del criterio unificado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019”, fechado 16 de enero de 2020.

En primer lugar, de conformidad con la jurisprudencia sentada precedentemente, a pesar de que existen mecanismo judiciales ordinarios para que la accionante pueda proteger los derechos que alega se encuentran vulnerados, para el Despacho el presente amparo, contrario a lo argumentado por las accionadas y vinculadas, cumple con el requisito de subsidiaridad, pues el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos, en la medida que la lista de elegibles de la cual hace parte la accionante tiene una vigencia bastante corta y se encuentra próxima a vencer, lo cual le ocasionaría un perjuicio irremediable, pues es claro que de conformidad con las respuestas del ICBF y la CNSC el sustento jurídico de las pretensiones de la tutelante no se encuentra en discusión, es más según lo informado por ICBF y el documento adjunto al plenario, surtido el procedimiento establecido por la CNSC, se encontró que es procedente solicitar el uso de la lista de elegibles, lo cual ya se llevó a cabo y se encuentra a la espera de que la Comisión autorice; así pues, todo se reduce a una actuación célere y



diligente por parte de las implicadas en caminata a cumplir con los procedimientos establecidos legalmente, supuesto bajo el cual someter a la administrada a acudir a un proceso ordinario para que las entidades actúen en dicha forma o peor aún esperar que no lo hagan, no es razonable y menos aún proporcional.

Por otra parte, es claro que en el año 2016 se desarrolló la convocatoria No. 433, para proveer de manera definitiva empleos de carrera administrativa, la cual tuvo su origen en el Acuerdo No. CNSC 2016000001376 del 5 de septiembre de 2016, donde se apertura la convocatoria a concurso abierto de mérito de los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, entre los que se encontraba el cargo de defensor(a) de familia con número OPEC 34714 código 2125 grado 17 para el cual la accionante concursó. Así, de dicho concursó y una vez finalizadas todas las etapas del mismo la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC mediante Resolución No. 20182230073615, conformó la lista de elegibles para proveer el empleo de Defensor(a) de Familia, código 2125, grado 17 de carrera administrativa de la planta global del personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, lista en la cual la señora Ruth Fidelia Barrios Iguarán ocupó quinto lugar con un puntaje de 71.7, de modo que en virtud de lo señalado en el artículo 62 del Acuerdo de Convocatoria y una vez en firme el acto administrativo de lista de elegibles, la CNSC procedió a remitirla al ICBF para que realizará los nombramientos de aquellos que ocuparon una posición meritoria conforme al número de vacantes ofertada para esa OPEC en el estricto orden de mérito.

En dicha convocatoria y tal como se desprende de la respuesta allegada por la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y la Resolución 20182230073615 del 7 de julio de 2018 se ofertaron cuatro vacantes definitivas con OPEC 34714, por lo que quienes ocuparon los cuatro primeros lugares en el lista de elegibles conformada por la Comisión Nacional del Servicio Civil de forma posterior a la culminación de las etapas del concurso de méritos, fueron posesionados para que cumplieran el respectivo periodo de prueba, último nombramiento que se realizó el 17 de agosto de 2018 al señor Fernando Luis Ávila Guzmán quien había ocupado la posición número cuatro en la lista de elegibles.

Al respecto, cabe señalar que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC en su concepto unificado respecto de las modificaciones integradas por la Ley 1960 al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, respecto de la lista de elegibles señaló que *“(…) De conformidad con lo expuesto, las listas de legibles 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 2017, 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, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC.”*

De los fundamentos fácticos expuestos, se desprende que la accionante Ruth Fidelia Barros Iguarán en el mes de julio de 2018, elevó petición ante la Dirección Nacional de Gestión Humana del ICBF, solicitando le fuera informado el número de vacantes definitivas que existen en el municipio de Riohacha, La Guajira, para proveer el cargo y/o empleo de Defensor de Familia con número OPEC 34714, código 2125, grado 17 e igualmente el número de vacantes existentes en la regional Guajira para el mismo cargo, discriminada por centros zonales, así, mediante escrito adiado veintiuno (21) de agosto de 2018, recibió respuesta a la petición incoada, donde le indican que en el Municipio de Riohacha, La Guajira se encuentra una vacante ocupada actualmente por un Defensor de Familia quien se encuentra en provisionalidad y cuyo reten



social es fuero sindical y que en la regional Guajira se encuentran 7 vacantes distribuidas entre los centros zonales de Manaure, Riohacha, Nazareth y Maicao, razón por la que mediante petición del 23 de diciembre de 2019 con fundamento en la aclaración del criterio unificado respecto del uso de “Listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 29 de junio de 2019” emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil solicitó al ICBF nombramiento como Defensora de Familia en el Centro Zonal No. 2 de Riohacha, La Guajira, petición que sin ninguna consideración frente a sus competencias e indicando descocer el procedimiento a seguir fue remitida en su integridad por supuesta competencia, valga la redundancia, a la Comisión Nacional del Servicio Civil (folio 23).

Así entonces, contrario a lo que advierten los terceros interesados, en la actualidad la accionante no pretende hacer valer una mera expectativa y mucho menos respecto de las cuatro vacantes ofertadas en la convocatoria No. 433 de 2016, pues es claro, que en su momento en relación con dicha lista la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán solo tenía una ubicación en la misma que le confería una situación jurídica como la mencionada, específicamente hasta el mes de agosto de 2018 cuando se nombró a la persona que le antecedió, pero luego de ello, lo que ocasiona que la lista se recomponga, recomposición que admite es procedente la CNSC en los términos del artículo 2 numeral 16 del Acuerdo No. 0165 DE 2020, es ella quien sigue en turno meritario y por tanto quien tiene el derecho de ser nombrada en el puesto vacante que cumpla con las características antes mencionadas, así pues, en dichas circunstancias su interés se centra en que antes de su vencimiento se haga uso de las listas de elegibles de dicha convocatoria a la cual pertenece a fin de que sea nombrada en un empleo igual al que concurso, esto es como Defensora de Familia, y en una de las vacantes existentes para dicho cargo en la ciudad de Riohacha, La Guajira, vacante generada con posterioridad al concurso de méritos y que se encuentra provista de manera provisional; que al ser ello así, en el presente asunto no se debate la legalidad o no del trámite surtido al interior del concurso de mérito, sino una situación posterior, como lo es la necesidad de que los accionados y el Ministerio de Hacienda vinculado realicen de manera diligente las actuaciones que le competen para obtener la autorización para uso de listas de elegibles en las circunstancias descritas y que efectivamente se utilice antes de que expire.

Al respecto este Despacho evidencia del material probatorio, que la accionante realizó una solicitud a la Dirección Nacional de Talento Humano del ICBF, fechado 23 de diciembre de 2019 donde deprecaba ser nombrada en periodo de prueba en el cargo Defensor de Familia (Carrera Administrativa) con número de OPEC 34714-código 2125-grado 17- dependencia Centro Zonal 2 del municipio de Riohacha, teniendo en cuenta la vacante existente, que previamente le había sido informada por la misma entidad, y el hecho de que ya se había realizado el nombramiento del señor Fernando Luis Ávila Guzmán quien la antecede en la lista de legibles que ya estaba en firme, así, mediante radicado No. 20201020071351 fechado 27 de enero de 2020, la CNSC dio respuesta a la solicitud indicando que “(...) para hacer uso de la lista de elegibles, la entidad deberá en primer lugar reportar la OPEC en el aplicativo Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad – SIMO de conformidad con lo expuesto en la circular conjunta No. 20191000000117 del 29 de julio de 2019, en segundo lugar, la entidad deberá elevar solicitud de autorización del uso ante la CNSC (...) En virtud de lo anterior, esta Comisión Nacional procederá a verificar la lista vigente de la Entidad que cumpla con las características del empleo y, de encontrarlo procedente se autorizará el respectivo uso de la misma, razón por la cual la entidad deberá apropiarse y cancelar el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, dando así lugar a los nombramientos en periodo de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito le asista el derecho”.

En el mismo sentido, observa esta agencia judicial que habiendo elevado la accionante requerimiento ante el ICBF solicitando su nombramiento en el cargo que esta misma le informó que se encontraba vacante, es decir, cargo Defensor de Familia (Carrera Administrativa) con número de OPEC 34714-código 2125-grado



17- dependencia Centro Zonal 2 del municipio de Riohacha, fue dicha entidad quien negó conocer el procedimiento a seguir y remitió la solicitud a la CNSC, así es el ICBF quien en principio vulnera los derechos de la accionante, pues al existir realmente la vacante es esta entidad, como lo informó a la petente, y ser procedente lo pedido como lo reconoce en la respuesta a la tutela, debió ante la solicitud de la accionante elevar oportunamente un requerimiento a la entidad competente, como sabe que lo es la comisión, para proceder de conformidad, sí como lo informó desconocía el trámite, y consecuente con ello le correspondía emitir la solicitud de autorización para utilizar la lista de elegibles vigente a la Comisión Nacional del Servicio Civil tal como lo advirtió esta entidad:

“(…) para el empleo OPEC 34714 durante el término de vigencia de la Resolución No. 20182230073615 del 18 de julio de 2018. Advierte que hasta el momento no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el OPEC 34714. Así, en el eventual caso de que el ICBF a la fecha disponga de vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, deberá registrarlas en el SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de las listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1960”.

Debe señalarse que si bien se indicó y allegó documento al respecto, en el que se señala que por medio de oficio del 20 de abril de los cursantes radicado N°. 20203200491772 de la misma fecha, el ICBF elevó ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL solicitud de uso directo listas de elegibles convocatoria 433 16 del ICBF para las vacantes que se encuentran ubicadas en la Regional La Guajira, documento en el cual se reconoce como fundamento de la solicitud incoada el pluricitado criterio unificado de la CNSC de 2020, lo cierto es que la CNSC en la respuesta remitida categóricamente afirma que, hasta el momento no existe solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el No. OPEC 34714.

De esta forma, es claro para esta agencia judicial que luego de más de 4 meses de haberse expedido el criterio unificado de la CNSC que autoriza el uso de listas vigentes para proveer cargos equivalentes no ofertados en la convocatoria de que hace parte la accionante, no está claro el inicio del procedimiento indicado y los términos razonables en el cual el mismo se efectuará, a fin de determinar la procedencia o no del nombramiento deprecado por la accionante, lo cual se constituye en una imposición de barreras de carácter administrativo y dilación injustificada, que sin duda trasgrede el derecho al debido proceso de la accionante, pues a la fecha el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no ha informado un cronograma cierto para dar cumplimiento a su obligación legal de hacer uso de la lista de elegibles a la que pertenece la actora, lo cual por simple lógica jurídica solo podrá hacer si la misma se encuentra vigente, es más lo que informa que ha adelantado al respecto es desconocido por la CNSC y por el Ministerio de Hacienda quien no hace mención alguna a la petición que informó el ICBF dio instrucciones para que fuera elevada ante la Dirección General del Presupuesto Público de la Nación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de contar con los recursos para el pago a la CNSC del uso de listas de elegibles, lo que trasgrede el derecho que le asiste a la accionante de solicitar un cargo que a pesar de que surgió en forma posterior, se ajusta a aquel para el cual concursó en la convocatoria No. 433 de 2016 y frente al cual las decisiones del órgano competente, incluso antes de la expedición del criterio unificado de fecha 16 de enero hogaño, le han conferido confianza legítima en que le corresponde.

Sobre este último punto ha de indicarse, que la entidad accionada ICBF, en su respuesta señala que la Comisión Nacional del Servicio Civil por medio de la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 revocó el artículo cuarto que había sido incluido en las resoluciones de conformación



de la listas de elegibles al considerar que el mismo era contrario a la Constitución y a la ley; resolución que consultada en la página de la pluricitada Comisión - Sistema BNLE, disponía que *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidara la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”*, así pues fue el órgano competente – rector de la convocatoria - quien inicialmente introdujo en la misma la posibilidad de utilizar las listas producto del concurso para vacantes no incluidas en la convocatoria, pero posteriormente quiso cambiar las reglas de juego que ella había impuesto, nada más y nada menos que en el acto que concluye el proceso, argumentando para ello la violación de normas superiores; lo cual, a la luz de la jurisprudencia resulta desacertado, y que justifica el cambio de postura adoptado en el mes de enero de la presente anualidad, puesto que la Corte Constitucional, como se consignó en precedencia, ha indicado que es posible por parte del legislador o de la misma entidad convocante, que se permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. (como es el caso pues no estamos hablando de equivalencias) y añadió en la jurisprudencia citada que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.

Por lo expuesto, se concluye que tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como el ICBF y el Ministerio de Hacienda vulneran el derecho al debido proceso administrativo, y de contera el principio de confianza legítima, así como el acceso a la carrera administrativa por mérito.

Por otra parte, respecto del perjuicio irremediable que según la accionante podría ocasionar la espera a que se realice todo el trámite administrativo y financiero, para el cual no existe término, teniendo en cuenta que la lista de elegibles se encuentra vigente solo hasta el 31 de julio de 2020 y no se evidencia ánimo alguno en las accionadas para dar cumplimiento a los tramites que les corresponden a cada una de ellas dentro del ámbito de sus competencias antes de dicha fecha, este despacho advierte que someter a la accionante a una espera indefinida, es el mismo accionado ICBF quien indica que alguna de ellas no tienen término y que son actuaciones complejas que demandan tiempo y recursos, de las que incluso reconocieron no tener conocimiento al remitir por competencia la petición que le efectuara al respecto la accionante a la Comisión, trasgrede sus derechos fundamentales mencionados y principios orientadores del estado social de derecho, con la posible ocurrencia de dicho perjuicio, pues deja su nombramiento en incertidumbre y a merced del querer de la administración. Así, las actuaciones administrativas y financieras a que hacen referencia las entidades accionadas no pueden extenderse indefinidamente en el tiempo, pues ello contraviene la posibilidad que las mismas accionadas reconocen en sus respuestas tiene la accionante de acceder al cargo público deprecado, ha de resaltarse que ninguna de ellas controvierte o desconoce el sustento jurídico que soporta la petición de la señora Barros Iguaran. Asunto diferente es que indiquen que ello es complejo, requiere del concurso de más de una entidad, implica la disposición de recursos económicos, lo cual no puede convertirse en una barrera que impida el acceso a cargos públicos por mérito, pues es sabido que todo ello lo demandan los concursos de méritos, pero no por eso dejan de llevarse a cabo y de cumplirse con su finalidad, la cual no es otra que quien los ocupe lo haga con fundamento en el mérito, lo que requiere de una actuación diligente de la entidades implicadas, pues de lo contrario su efecto caería en el vacío, máxime ante un vigencia tan corta de la lista.

Así entonces se tiene que el perjuicio que se le produciría a la accionante, cuando faltando 2 meses para vencer la lista de elegibles no se ha resuelto sobre su petición por parte de la accionadas y el vinculado



Ministerio de Hacienda tiene las siguientes características, las cuales debe cumplir según la jurisprudencia constitucional, para hacer viable el presente amparo (i) se produce de manera cierta y evidente sobre derechos fundamentales (debido proceso administrativo); (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido, pues expirada la lista, de ser procedente, no se efectuaría su nombramiento en el cargo para el cual concursó y en la actualidad, con la recomposición de la lista ocupa el puesto meritorio para optar al mismo; (iii) su ocurrencia es inminente, habida cuenta que solo faltan dos meses para que expire la lista de elegibles de la que hace parte; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra, toda vez que frente a la posición asumida por las accionadas y vinculada en relación con la petición de la accionante es el medio con que cuenta la referida señora para ajustar la actuación de la administración a términos razonables que no hagan nugatorio sus derechos; 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, en la medida que transcurridos más de 4 meses desde la expedición del criterio unificado que solicita la accionante le sea aplicado a su pedimento, el cual corresponde resolver a las accionadas, no se tiene certeza de cuando su petición le será resuelta, pues las entidades indican que se deben realizar varios trámites, los que además son complejos y frente a los cuales no hay términos para ser atendidos, por lo que se hace necesario el presente amparo.

Por otra parte, argumenta el ICBF en su respuesta que *“La accionante exige el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 (que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004), desconociendo que la misma norma (artículo 2) creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual, la Ley otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para regular el derecho”*, no obstante el Despacho considera que ese argumento no es acertado para desconocer la petición que la señora Barros Iguarán, le formula sobre la aplicación del tantas veces mencionado criterio unificado expedido por la CNSC, en cuanto soslaya que la aplicación del referido criterio unificado no fue supeditada a la realización del mencionado concurso, es decir no estableció la CNSC que para darle curso a la decisión que adoptó en dicho acto debía esperarse que se surtiera tal actuación (concurso de ascenso), en ese sentido no puede supeditarse el uso de la lista vigente (de ser procedente) para el cargo solicitado, a las resultas del concurso de ascenso.

Aportan los vinculados Defensores de Familia un pronunciamiento del Tribunal Superior de Barraquilla – Sala Penal, en el que en un caso similar negó por improcedente la tutela promovida por considerar que no es el juez de tutela quien debe definir, si una convocatoria pública cumple o no, con la legislación vigente o si la misma resulta injusta luego de haber sido aceptadas las condiciones desde la inscripción en el concurso de méritos del ICBF, no obstante el Despacho se aparta de dicha decisión, habida cuenta que como se dijo en antelación, no es la accionante quien pretende imponer la reglas del concurso, ni controvertir si son justas o no, ya que el órgano rector de la carrera administrativa (CNSC) desde el mismo acto con el cual culminó el proceso definió las reglas que la misma debe cumplir, solo que posteriormente pretendió variarlas, retomando nuevamente el camino por medio del ultimo criterio unificado, que esta judicatura considera justo y acorde con el artículo 125 de la Constitución Política y que claramente reconocen las accionadas en las respuestas rendidas dentro del presente asunto que deben aplicar, en ese sentido se acoge el criterio que en forma contraria adoptó el Tribunal Administrativo de Santander dentro de la tutela promovida por José Fernando Ángel Porras, adjunta al plenario y consultada en el enlace

https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-de-santander/home?p_p_auth=8Qly1htM&p_p_id=101&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content%2F101_assetEntryId=26734485&_101_type=content&_101_urlTitle=fallo-de-tutela-de-segunda-instancia, en el que plantea argumentos abiertamente contrarios a los plasmados por el Tribunal de Barranquilla - Sala Penal y tiene por superado



el requisito de subsidiariedad al indicar que *en la medida que el accionante superó todas las pruebas y etapas del concurso de méritos regulado en la convocatoria No. 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil y en razón a ello se encuentra en lista de elegibles desde el 31 de julio de 2018 y la cual tiene una vigencia de apenas 2 años, circunstancias que permiten concluir que los mecanismos judiciales ordinarios si bien son idóneos no son eficaces para salvaguardar sus derechos fundamentales*; la situación fáctica descrita es idéntica a la planteada y acreditada por la accionante y por tanto la decisión en comento es también aplicable a su caso, por lo que en este proveído se comparte plenamente ese razonamiento y se incorpora a los considerandos del mismo, pues es la interpretación acorde con la función del juez constitucional y la garantía de los derechos fundamentales que le compete a plenitud. Así como también, se acogen y comparten los argumentos del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en proveído emitido el pasado 18 de noviembre de 2019 (publicado en la página web del ICBF)

Ahora bien, en relación con los argumentos plasmados por los Defensores de Familia en provisionalidad, se debe señalar que contrario a sus argumentos encuentra esta judicatura que son ellos quien deben respetar y someterse a las reglas que define la entidad rectora de la carrera administrativa para el ingreso a los puestos que ostentan, los cuales son de carrera, pues es clara la existencia y vigencia del criterio unificado emitido por la CNSC el pasado 16 de enero de 2020, en ese sentido son los referidos empleados quienes por medio del presente trámite pretender controvertir y que el Despacho desconozca actos administrativos, cuando claramente indican que este no es el escenario para ello; igualmente la tesis planteada de que sus puestos no están en vacancia definitiva, y por tanto no deben ser provistos con la lista de elegibles a que pertenece la accionante es abiertamente contraevidente, habida cuenta que no se explica entonces por qué se encuentran todos ellos nombrados en provisionalidad (folios 156 y 157 del plenario) y sus puestos son reportados como vacantes definitivas según la respuesta del ICBF que milita a folios 58 a 65, así entonces son los referidos Defensores quienes aceptaron las condiciones de su nombramiento (provisional) y quienes deben correr con las consecuencias que el mismo trae consigo, ser desplazados por quien ingresa en carrera administrativa. A los demás argumentos presentados en esta instancia por los terceros interesados, se les da respuesta a lo largo del presente proveído.

Finalmente, en relación con la suerte de la personas que ocupan los cargos en provisionalidad de Defensor de Familia OPEC 34714 código 2125 grado 17 que se encuentra en la regional Guajira, este despacho no realizará pronunciamiento alguno, teniendo en cuenta que es el ICBF a quien corresponde determinar con fundamento en la ley y la jurisprudencia la provisión o no de los cargos en los que alegan algún fuero especial o reten social, por lo que mal haría este despacho en pronunciarse sobre hechos no acaecidos, como lo sería la salida o reubicación de los señores que en la actualidad ostentan el cargo de Defensor de Familia en provisionalidad en Riohacha, que es el cargo solicitado en el presente tramite, ante la presencia de un mejor derecho como lo es el de carrera.

Por lo anterior, este despacho en virtud de que se evidencia negligencia por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF para adelantar las gestiones necesarias a efectos de proceder a realizar los trámites administrativos y financieros derivados del uso de lista de elegibles para proveer vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria de que hace parte la accionante, pues como lo advierte la CNSC no ha recibido solicitud alguna al respecto, concederá el presente amparo para proteger los derechos fundamentales antes mencionados y en consecuencia ordenará al Director (a) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – 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 Iguarán el 23 de diciembre de 2019 y el 27 de enero de la presente anualidad, proceda a (i) realizar la verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características de aquel solicitado por la accionante, que corresponde al mismo por el que



concurrió y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, (ii) reporte la OPEC o actualice la existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO- y (iii) realice ante la CNSC la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica, debidamente determinadas por la CNSC (iv) solicite al Ministerio de Hacienda el concepto que argumenta necesita de dicha dependencia y finalmente de ser autorizado el uso de la lista por la CNSC, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización, proceda a realizar el nombramiento de la accionante en el cargo deprecado.

En tal sentido también se ordenará al Ministerio de Hacienda que por medio del funcionario competente, que en el término de (5) días, después de que le sea solicitado por el ICBF, resuelva las peticiones que sobre las erogaciones presupuestales necesarias para el uso de las listas de elegibles de que hace parte la accionante le formule el ICBF.

De la misma forma, ordenará al representante legal de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC o quien haga sus veces que en el término perentorio de (10) días contados a partir de la solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 34714 en la convocatoria 433, proceda a (i) informar si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de los empleos que cumplan las condiciones, (ii) defina la tarifa que debe asumir y pagar la entidad - ICBF, y (iii) realice todos los demás trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso listas de elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONCEDER el amparo constitucional promovido por la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y el Ministerio de hacienda (vinculado) para proteger los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y el acceso a la carrera administrativa por mérito, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al Director (a) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF o quien haga sus veces, que en el término de (5) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, si aun no lo ha hecho, en virtud de las peticiones elevadas por la señora Ruth Fidelia Barros Iguarán el 23 de diciembre de 2019 y el 27 de enero de la presente anualidad, proceda a (i) realizar la verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características de aquel solicitado por la accionante, que corresponde al mismo por el que concursó y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, (ii) reporte la OPEC o actualice la existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO- y (iii) realice ante la CNSC la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica, debidamente determinadas por la CNSC, (iv) solicite al Ministerio de Hacienda el concepto que argumenta necesita de dicha dependencia y finalmente de ser autorizado el uso de la lista por la CNSC, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización y remisión de listas, proceda a realizar el nombramiento de la accionante en el cargo deprecado.



TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de Hacienda que por medio del funcionario competente, en el término de (5) días, después de que le sea solicitado por el ICBF, resuelva las peticiones que sobre las erogaciones presupuestales necesarias para el uso de las listas de elegibles de que hace parte la accionante le formule el ICBF.

CUARTO: ORDENAR al representante legal de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC o quien haga sus veces que en el término perentorio de (10) días contados a partir de la solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 34714 en la convocatoria 433, proceda a (i) informar si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de los empleos que cumplan las condiciones, (ii) defina la tarifa que debe asumir y pagar la entidad - ICBF, y (iii) realice todos los demás trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso listas de elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar.

QUINTO.- DESVINCULAR del presente trámite al Departamento Administrativo de la Función Pública, según lo considerado en precedencia.

SEXTO: ORDENAR al ICBF y a la CNSC que publiquen el presente fallo en el aparte correspondiente de su página web.

SEPTIMO: Por el medio más expedito notifíquese a los interesados de esta acción, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

OCTAVO.- En caso de no ser apelado envíese esta actuación a la Corte Constitucional, para una eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

YEIDY ELIANA BUSTAMANTE MESA
Jueza