

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO

Neiva, Huila; marzo diez (10) de dos mil veinte (2.020)

Sentencia de Tutela No. 45

### 1. ASUNTO

Resolver la Acción de Tutela instaurada por el ciudadano ANTONIO JOSÉ HINESTROZA MARÍN en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC), por presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a cargos públicos.

### 2. HECHOS

Refirió el accionante que mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó al concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Convocatoria No. 433 de 2016. Convocatoria en la que se inscribió en el cargo de Defensor de Familia Código 2124 Grado 17, identificado con Código OPEC No. 34704 para suplir tres vacantes en el Municipio de Pitalito, y de la que una vez superadas las pruebas y etapas aplicadas, la Comisión expidió la Resolución No. CNSC 20182230072745 del 17 de julio de 2018, conformando la lista de elegibles de la que hace parte en la posición cuatro para aplicar a dicho empleo.

Explicó que en el mes de agosto de 2018 el ICBF expidió los actos administrativos (Resoluciones Nos. 10444, 10445 y 10446 del 19/08/2018) de nombramiento de las tres primeras personas de la lista de elegibles para dicho cargo, por lo que pasó a ocupar el primer puesto.

Manifestó que el Gobierno Nacional mediante Decreto 1479 de 2017, creó nuevos empleos para la planta de personal del ICBF, entre los que se

encuentra, tres Defensores de Familia, Código 2125, Grado 17, diferentes a los de la convocatoria citada, para el Municipio de Pitalito, los que según el artículo 6º de la citada norma deben proveerse siguiente del procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y demás normas concordantes. Sin embargo el ICBF los ocupó con personal externo en provisionalidad, sin tener en cuenta la lista de elegibles vigente.

Explicó que posteriormente el 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece que: *“el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, 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 elegible que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes las cuales (sic) se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargo equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.”*

Que el 01 de agosto de 2019 la CNSC de manera irregular aprobó y expidió el “Criterio unificado sobre las listas de legibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, exponiendo que la lista de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatorias aprobadas antes del 27 de junio de 2019 fecha de promulgación de la Ley, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatorias *“en consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer cargos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio, y por esta razón, cobijados por la Ley ampliamente mencionada”*, siendo argumento no cierto, pues la aplicación de la Ley 1960 de 2019 sería retroactiva ya que la misma señala que la lista de elegibles aplicarán para cargos que se crean con posterioridad a la convocatoria, situación que encaja en su caso, porque al encontrarse para el momento de la expedición de la Ley primero en la lista de elegibles, y al existir tres cargos de Defensores de Familia de

Pitalito, cubiertos en provisionalidad, deben nombrarlo en una de esas vacantes.

Describió que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca mediante fallo de segunda instancia del 18 de noviembre de 2019 en la acción de tutela No. 76 001 33 33 021 2019 00234, expuso que el criterio unificado de la CNSC sobre la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, contradice la norma reglamentada y establece un límite abiertamente inconstitucional y transgrede los derechos fundamentales de quienes a la entrada en vigencia de la Ley hacían parte de la lista de elegibles vigentes y tienen derecho a acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza de aquellos que concursaron sin importar la fecha de convocatoria, y por ello, tuteló los derechos del accionante y ordenó a la CNSC y ICBF nombrar de la lista de elegibles existentes, para cubrir los nuevos cargos creados a través del Decreto 1479 de 2017.

Relató que el 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó y expidió el criterio unificado "Uso de Lista de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27/06/2019", precisando que, *"Por lo tanto, el nuevo régimen aplicable a la lista de elegibles conformada por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera —OPEC— de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes"*, y dejó sin efecto el criterio unificado de fecha 01 de agosto de 2019.

Replicó que no obstante lo anterior, el ICBF hace caso omiso a lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado del CNSC del 16 de enero de 2020, que entró en vigencia el 27 junio de 2019, toda vez, que no ha dado trámite al registro de elegibles vigente, para los cargos ocupados en provisionalidad de Defensor de Familia de Pitalito, el que en el mes de febrero solicitó a la accionada efectuara el acto administrativo de su nombramiento con fundamento en la normativa mencionada, sin obtener respuesta a la fecha.

Contó que instauró en el mes de julio una acción de tutela con las mismas pretensiones, sin embargo, en la actual los fundamentos son diferentes por cuanto se pide aplicación a la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado del CNSC del 16 de enero de 2020. Igualmente el ICBF en respuesta a la petición de otro miembro de la lista de elegibles que le solicitó lo mismo, le indicó que no era posible dar aplicación a la referida norma porque el ICBF debe adelantar acciones de carácter administrativo y financiero, lo cual, una vez evacuados procederá a expedir los actos de nombramiento correspondientes.

Solicitó se tutelén los derecho fundamentales invocados, y, en consecuencia, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SEVICIO CIVIL dentro de las 48 horas remita al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, el registro de elegibles vigente y actualizado, para el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, sede Pitalito, para cubrir las vacantes creadas en el Decreto 1479 de 2017, para el Municipio de Pitalito, y de contera, efectúe el acto administrativo de nombramiento en el referido cargo.

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

Con fundamento en lo anotado en acápite que antecede, mediante auto del 26 de febrero 2020 se admitió la mencionada acción de tutela, se ordenó vincular al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL HUILA, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR CENTRO ZONAL PITALITO, y quienes conforman la lista de elegibles para proveer tres vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34704, denominado Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 ofertado en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016- ICBF señores Claudio Hernán López Gutiérrez, Cristina Molina Artunduaga, César Andrés Trujillo Ortega, Camilo Andrés González Correa, y Lina María Ortiz Londoño. Para lo cual se ordena su notificación a través de la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y dispuso allegar la información respectiva de las entidades demandadas y vinculadas, para lo cual remitió los oficios correspondientes.

Posteriormente mediante auto del 05 de marzo del año en curso, se vinculó a los i) Servidores Públicos nombrados en el cargo de defensor de Familia, en provisionalidad, en el Centro Zonal Pitalito Regional Huila del ICBF; ii) Las personas que conforman la lista general de elegibles para el cargo de Defensor de Familia de la OPEC No. 34704, Código 2124 del CBF, Nivel Central; y ii) Las personas que desempeñan el cargo de Defensor de Familia en Provisionalidad en el I.C.B.F. a nivel nacional, para lo cual se ordenó su notificación mediante el ICBF Nivel Central.

#### **4. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS**

##### **4.1 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL:**

Afirmó que la CNSC desconoce las acciones que el ICBF ha realizado respecto de su planta de personal y la expedición del Decreto 1479 de 2019, razón por la cual solo se referirá a su competencia.

Explicó que consultado el sistema de apoyo SIMO, se constató que el señor Antonio José Hinestroza Marín, concursó con el ID 29970141 en la Convocatoria 433 de 2016- ICBF, para el empleo de nivel profesional identificado con el código OPEC No. 34704 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, quien agotadas las fases del concurso ocupó el lugar No. 4 con 67, 86 puntos en la lista de Elegibles conformada mediante Resolución 20182230072745 del 17/07/2018, que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018.

Lista de elegibles que fue remitida al ICBF para que realizara el nombramiento de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista conforme el número de vacantes ofertadas para esta OPEC en estricto orden de mérito.

Señaló que como para la vacante en cuestión se ofertaron tres empleos, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en periodo de prueba para el cargo, fueron los aspirantes que ocuparon los tres primeros lugares en la lista, como el actor ocupó la posición

No. 4, no es posible que se realice el nombramiento, pues no ocupó una posición meritoria frente al número de vacantes ofertadas en el empleo.

En tanto, el ICBF mediante radicado de salida No. 91435 del 30/10/2018 remitió los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba y posesión de los elegidos que ocuparon las tres primeras posiciones de la lista, quedando los restantes en espera.

Indicó 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 34704, y en un eventual caso que haya vacantes con la misma denominación deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para proceder a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes.

Imploró se desvincule de la presente acción por falta de legitimación en la causa por pasiva, porque su labor en el concurso para proveer las vacantes definitivas en la planta de personal del ICBF, solo tienen competencia hasta la expedición de lista de elegibles, el uso de la misma y nombramientos son competencias del ICBF.

#### **4.2 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

Señaló que la presente acción es improcedente por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que, ya se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, la cual se conformó para proveer tres vacantes y en dicha lista el accionante ocupó la posición 4.

Respecto de lo requerido por el actor que se aplique el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 para efectos de su nombramiento en las nuevas vacantes creadas con posterioridad a la convocatoria 433 de 2018,

ese Instituto le informó que se procederá a hacer el mismo una vez se surta una serie de gestiones y procedimientos que se están adelantando, y la CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles (la comunicación fue enviada el 25 de febrero en medio físico y luego por correo electrónico el 3 de marzo de 2020).

Explicó que el actor exige el cumplimiento de dicha norma desconociendo que en ella (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 CNSC para regular el mismo.

Indicó que en caso de estimarse procedente el amparo deprecado, el ICBF no ha vulnerado ningún derecho fundamental al actor, pues conforme la normativa aplicable vigente para el momento de apertura de la convocatoria (Ley 909 de 2004, Decreto 1894 de 2012 y la SU-446 de 2011), la lista de elegibles fue utilizada para proveer las vacantes ofertada en la misma, solo hasta el 14 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 de 27 de junio de 2019", en virtud de la 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 contó que la CNSC mediante acuerdo No. 20161000001376 del 05/09/2016, convocó al concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al sistema General de Carrera Administrativa del ICBF convocatoria 433/2016, la que surtió las etapas previstas hasta concluir con la lista de elegibles. En el caso del actor a través de la Oferta Pública de Empleos de Carrera No. 34707 OPEC, se ofertaron tres vacantes del empleo denominado defensor de familia código 2125 Grado 17, cuya lista de elegibles fue publicada por la CNSC mediante Resolución No. 20182230072746 del 17/07/2018, quedando elegibles 9 y el actor ocupó la posición 4, en

firmé la misma, se procedió a efectuar los nombramientos respectivos en los términos de ley.

Refirió que la sentencia del Tribunal Administrativo adjunta a la demanda no es aplicable al caso concreto, dado que solo tiene efecto inter comunis para las personas que hacen parte de la lista de elegibles conformada para la OPEC 39958, denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 08.

Reiteró que la acción constitucional es improcedente dado que en el caso ya se publicó y cobró firmeza la lista de elegibles del 31 de julio de 2018, la cual se conformó para proveer las 3 vacantes y en dicha lista el accionante no ocupó los primeros lugares, y no cuestionó dicha lista, sino situaciones que surgieron con posterioridad en el hecho que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación al artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; además se le indicó al actor que procederá a hacer el nombramiento una vez se surta una serie de procedimientos que se están adelantando y la CNSC apruebe el uso de la lista, y se debe tener en cuenta que la misma norma 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 CNSC para regular el derecho.

Refirió que la controversia planteada versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, frente a lo cual se requiere adelantar una serie de acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos, pues se requiere: i) establecer los cargos vacantes existentes en las 33 regionales del país a las que serían aplicables las listas de elegibles vigentes; ii) determinar en atención al artículo 2 de la Ley 960 de 2019, si procede la realización del concurso de ascenso respecto del 30% de las vacantes de cada cargo; iii) solicitar y pagar, previo trámite presupuestal a la CNSC el uso de las listas, y , iv) adelantar los nombramientos y actos de posesión.

Señaló que en el caso es improcedente la acción porque una vez se encuentra publicada la lista de elegibles, solo proceden los medios de control del CPACA y las medidas cautelares que garantizan la idoneidad de dichos recursos.

Manifestó que para poder hacer uso efectivo de 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, y para llevarlo a cabo el ICBF debe pagar una suma de dinero a la CNSC como lo establece el artículo 30 de la Ley 909 de 2004, destinando un rubro para ello y aportando para el trámite el CDP correspondiente.

Solicitó declarar improcedente la acción conforme se expuso, y en caso contrario se niegue al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte del ICBF, y se declare la carencia actual de objeto por hecho superado en atención al derecho de petición.

**4.3 Los** señores ALEXIS GONZÁLEZ DÍAZ, CLAUDIA MARCELA RODRÍGUEZ HERRERA, JHON JAIRO CARDONA GIRON, ALONSO MARTÍNEZ PULIDO, SHYRLEY CASTAÑEDA SALAMANCA y ANA MILENA ÁLVAREZ FRANCO, en calidad de terceros vinculados se pronunciaron mediante escritos remitidos vía correo electrónico, indicando que se encuentran en similares circunstancias del accionante dentro de la convocatoria 433 de 2016, y después de aludir a jurisprudencia aplicable al caso concreto, solicitan se protejan los derechos fundamentales vulnerados de los participantes de la mencionada convocatoria que estén en similares fundamentos fácticos.

**4.4** El señor HORACIO TRILLOS PÉREZ, como tercer vinculado solicitó se declare improcedente la presente acción constitucional, toda vez, que el propósito del accionante es controvertir un acto administrativo contrario a sus intereses en el marco del concurso de méritos, para lo cual, está instituida la acción de nulidad y restablecimiento de derechos, siendo el mecanismo judicial idóneo y

efectivo para preservar sus derechos. Explicó que para la fecha de conformación de la Oferta Pública OPEC, el cargo que ocupa en provisionalidad y que reclama el actor, no existía en la planta de personal del ICBF, pues el mismo fue creado con el Decreto No. 1479 de 4/09/2017, mediante el cual se crearon 328 cargos de defensor de Familia, un año después de la convocatoria.

Señaló que la Ley 1960 de 2019 no puede irradiar sus efectos hacia situaciones de hecho consolidadas, como lo es la convocatoria 433 de 2016, y no es viable la aplicación retroactiva pues para ello se requiere que expresamente se contemple esa posibilidad pero dicha norma no lo consagra, siendo entonces que solo rige hacia el futuro para convocatorias efectuadas con posterioridad a su entrada en vigencia.

Señaló que el actor se ampara en el criterio Unificado de la CNSC, siendo que el asunto no queda zanjado en el mismo, pues existe ningún pronunciamiento de las altas cortes que establezcan la forma correcta de interpretar la Ley, quedando este en un simple concepto sobre el alcance de una norma, el cual según el artículo 28 del CPACA no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

**4.5** La señora CAROLINA DEL PILAR GARCÍA CÓRDOBA, en calidad de Defensora de Familia del ICBF Centro Zonal Pitalito, manifestó que la presente acción es temeraria por cuanto el actor ya presentó una demanda de tutela con los mismos supuestos facticos, pretensiones y estando en vigencia la Ley 1960 de 2016, que fue declarada improcedente por el Juzgado Tercero Administrativo de Neiva Huila. Por ello solicitó se deniegue el amparo tutelar deprecado, además porque apela a una norma inaplicable al caso, pues el cargo que ostenta no fue ofertado en la Convocatoria 433 de 2016 y el criterio unificado del expedido por la CNSC no posee fuerza vinculante ni está por encima de las normas de rango constitucional.

Solicitó se analice su caso particular que es madre cabeza de hogar de dos niños menores que tiene a su cargo, y sus padres, uno está privado de la libertad y del otro desconoce el paradero.

**4.6 JUAN JOSÉ VILORA PABÓN:** refirió que se encuentra nombrado en provisionalidad en la planta temporal en el cargo de Defensor de Familia código 2125 Grado 17 en la regional Central Cesar, Centro Zonal Chiringuaná, el 05 de febrero de 2020, cuya vacante no fue ofertada en la Convocatoria 433 de 2016—ICBF, por ello no es aplicable la Ley 1960 de 2019. Solicitó se declare improcedente la presente acción.

**4.7 HUGO DAVID ROMERO ÁVILA, ESNEVER SANDOVAL JARA, DIANA MARGARITA RUÍZ MARTÍNEZ y ANA MARÍA SERJE OCHOA:** Explicaron que los cargos que actualmente ostentan en el ICBF de Defensores de Familia Código 2125 Grado 17, asignadas en la Planta Regional Cesar, Regional Bolívar, Centro Zonal Simiti y Centro Zonal Valledupar No. 2, respectivamente, se encontraban en carrera administrativa vacancia definitiva que fue creado con anterioridad a la convocatoria 433 de 2016 y la 1960 de 2019, por ello, no se puede aplicar la misma pues los cargos ya estaban creados, lo que se modificó fue su naturaleza. Informó que el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Neiva, ya se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la demanda, convirtiéndose la presente en una acción temeraria. Por lo anterior, solicitó se declare improcedente la presente acción de tutela.

**4.8 CARLOS ANDRÉS VEGA MENDOZA Y MARGARITA VEGA MENDOZA:** En calidad de Defensores de Familia nombrados en provisionalidad en la Regional La Guaira ICBF, manifiestan que se oponen a los hechos y pretensiones de la demanda de tutela, por cuanto, el accionante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento de derecho para lograr sus pretensiones, y en el caso no es procedente la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960, pues las vacantes de Defensor de Familia Grado 17 en el centro zonal Neiva, creadas con el Decreto 2138 del 22/12/2016 y 1479 de 2017

que amplió la planta de personal del ICBF, surgieron con posterioridad al inicio de la convocatoria 433 de 2016, para lo cual la normativa aplicable es la Ley 909 de 2004.

Concluyeron que conforme lo anterior, el uso del registro o lista de elegibles se impone solo para proveer las vacantes y los cargos con provisionalidad que registre la entidad sobre su vigencia, siempre y cuando se trata de plazas ofertadas al respectivo concurso. Solicitaron se deniegue por improcedente la presente acción.

En el mismo sentido se pronunciaron los señores ADRIANA BARRERA, JULY ALEJANDRA PATIÑO GUERRERO, ANA ESTHER FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ, MÓNICA ANDREA ROMO, GLORIA MARCELA PERALTA, NATALIA AGUIRRE JARAMILLO, quienes ostentan el cargo de Defensores de Familia nombrados en Provisionalidad Regional Nariño.

## 5. LAS CONSIDERACIONES

### 5.1 Competencia:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, así como en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el artículo 1º, numeral 1º, inciso 3º del Decreto 1382 del 2000, por medio del cual se reglamenta el reparto de las Acciones de Tutela, este Despacho es competente para conocer en primera instancia la Acción de Tutela incoada por el señor Antonio José Hinestroza Marín contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y otros.

### 5.2 Problema Jurídico:

¿EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL vulneran los derechos fundamentales invocados por el señor **ANTONIO JOSÉ HINETROZA MARÍN**, al no llevar a cabo el nombramiento en el Cargo de Defensor de Familia, Grado 17, creado mediante Decreto 1479 de 2017, conforme la lista de elegibles de la

OPEC 34704 de la Convocatoria No. 433 de 2016 de la que hace parte en la posición 4, en aplicación a la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado de la CNSC calendado 16 de enero de 2020.?

### **5.3 Precedente Jurisprudencial.**

#### **5.3.1 Procedencia de la acción de tutela:**

La Corte Constitucional respecto a los requisitos de procedencia de la acción de tutela, en sentencia T-282 de 2012, expresó lo siguiente: “Los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela están regulados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991 (en especial artículos 1º, 2º, 42 y 5º) y se pueden resumir en los siguientes términos: i) que la acción de tutela sea instaurada para solicitar la protección inmediata de un derecho fundamental; ii) que exista legitimación en la causa por activa, es decir, que la acción sea instaurada por el titular de los derechos fundamentales invocados o por alguien que actúe en su nombre; iii) que exista legitimación en la causa por pasiva, en otras palabras, que la acción de dirija contra la autoridad o el particular que haya amenazado o violado, por acción o por omisión, el derecho fundamental; iv) que el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante”.

En el asunto, está demostrado, que Antonio José Hinestroza Marín está legitimado en la causa por activa para promover esta acción, por considerar que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al acceso a cargos públicos, por no llevar a cabo el nombramiento como siguiente en la lista de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, Sede Pitalito, por la Comisión al no estar vigilante del cumplimiento de lo recogido en el Acuerdo No. 20161000001376 de 2016 y la Ley 1960 de 2019.

Es de acotar que igualmente existe legitimación en la causa por pasiva, para el ICBF y la CNSC, dado que se le atribuyó la presunta vulneración de los derechos fundamentales deprecados por el actor, pues la CNSC como un organismo autónomo de carácter permanente de nivel Nacional independiente de las ramas y órganos del poder público, está dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyas funciones son administrar y vigilar los sistemas de carrera administrativa, y el ICBF como un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, encargado de los nombramientos de los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema de Carrera Administrativa de la convocatoria No. 433-2016.

Referente al requisito de inmediatez, el mismo hace referencia a que la presentación de la acción de tutela ocurra en un término razonable a partir del momento en que se presentaron los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales. Así pues, es un requisito de procedibilidad de la acción, ya que su incumplimiento deviene en la improcedencia de la misma<sup>1</sup>, en el caso, advirtiéndose que el señor Antonio José Hinestroza Marín acudió a la presente acción, en un tiempo considerable, pues requiere que se realice su nombramiento de defensor de Familia Grado 17, en aplicación a la Ley 1960 de 2019 y criterio unificado del CNSC del 16/01/2020.

Finalmente respecto de la subsidiariedad de la tutela, Conforme al inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, la subsidiariedad hace referencia a que la acción de tutela *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*; en el mismo sentido, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispuso que la tutela es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, es decir, que procede de manera definitiva cuando no exista otro medio de defensa, o que existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto<sup>2</sup>.

### **3. La procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia**

<sup>1</sup> Ver sentencia T-498 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>2</sup> Ver sentencia SU-772 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*“3.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial residual y subsidiario, que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso de los particulares, en los términos prescritos por la ley. Procede cuando la persona no dispone de otro medio de defensa judicial o cuando, existiendo otro medio alternativo de protección, éste no resulta idóneo para su amparo efectivo. Asimismo, procede como mecanismo transitorio, en aquellas circunstancias en las que, a pesar de existir un medio adecuado de protección, se requiere evitar un perjuicio irremediable, por lo que se exige una perentoria acción constitucional.”<sup>3</sup>*

*3.2. Pues bien, la idoneidad del medio de defensa alternativo exige una evaluación en concreto de los mecanismos de defensa existentes, razón por la cual debe estudiarse cada caso en particular, a efectos de determinar la eficacia del medio de defensa, si este tiene la aptitud necesaria para brindar una solución eficaz y expedita al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Vistas así las cosas, si el mecanismo es eficaz, la tutela resulta ser improcedente, a menos que, como quedó expresado, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria.*

*3.3. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.”<sup>4</sup>*

*3.4. Específicamente, en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, se ha precisado, por parte del precedente de la Corporación, que existen dos casos en los cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo: (i) “aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un 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”. (ii) “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*

<sup>3</sup> T-946 de 2009.

<sup>4</sup> Ver entre otras sentencias T-509 de 2011, T-748 de 2013 y T-748 de 2015.

*concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”<sup>5</sup>*

*3.5. La procedencia de la acción de tutela para anular los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, tiene una inescindible relación con la necesidad de proteger los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y debido proceso, los cuales en la mayoría de las ocasiones, no pueden esperar el resultado de un proceso ordinario o contencioso administrativo.”<sup>6</sup>*

En el caso concreto, si bien el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para reclamar lo pretendido en la presente acción, no obstante, los mismos careen de idoneidad y eficacia, pues remitir a actor a que acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, es no tener en cuenta, que el mismo adquirió un derecho al encontrarse en la lista de elegibles para el cargo de Defensor de Familia Grado 17 del ICBF, y que dicha lista se encuentra en un tiempo corto de vencimiento, pues la misma fungió ejecutoria el 31/07/2018 y tienen una vigencia de dos años. Concluyéndose que es procedente estudiar de fondo el asunto planteado. Al respecto la corte

### **5.3.2 El derecho al debido proceso, el derecho al acceso a cargos y funciones públicos y el derecho a la igualdad.**

*“(…) La Constitución Política de 1991 elevó el derecho al debido proceso administrativo a rango fundamental, motivo por el cual es susceptible de protección por vía de tutela. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 constitucional “el debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.*

*Distintas salas de revisión se han ocupado del alcance y contenido de este derecho, sobre todo cuando se trata de actuaciones de carácter sancionador<sup>7</sup> o de la revocatoria directa de actos propios por parte de la Administración<sup>8</sup>, pero también en lo que hace referencia al concurso de méritos para ocupar cargos públicos<sup>9</sup>. Este derecho ha sido definido 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 guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”<sup>10</sup>.*

<sup>5</sup> T-315 de 1998.

<sup>6</sup> T-682/2016

<sup>7</sup> Ver Sentencia T-1263 de 2001.

<sup>8</sup> Ver la sentencia T-214 de 2004.

<sup>9</sup> Ver sentencia T-502 de 2010.

<sup>10</sup> Sentencia T-214 de 2004.

*La anterior definición es lo bastante amplia como para cobijar todo tipo de actuaciones administrativas que deban surtir las autoridades públicas, sin importar a la rama del poder público a la cual pertenecen. En esa medida comprende no sólo aquellos procedimientos de carácter sancionador, sino también, por ejemplo, los de naturaleza nominadora. Y debe entenderse que el único sujeto obligado no es sólo la Administración, sino todos los órganos estatales y, en general, los servidores públicos cuando cumplen funciones de carácter administrativo. Al respecto cabe recordar que el artículo 123 constitucional señala que "[l]os servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".*

*La definición jurisprudencial resalta el carácter secuencial y reglado de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los fines legal y constitucionalmente establecidos. Estas actuaciones deben ajustarse al principio de legalidad y atender otros principios constitucionalmente relevantes como la buena fe<sup>11</sup> y la confianza legítima de los administrados<sup>12</sup>.*

*Este derecho, al igual que el derecho a la igualdad, en ciertos casos tiene un carácter instrumental pues precisamente del estricto cumplimiento de las garantías constitutivas del debido proceso administrativo y de las regulaciones legales que determinan la actuación del poder público, se deriva la salvaguarda de otros derechos fundamentales, como el derecho de acceso a cargos y funciones públicas, señalado en el artículo 40 de la C. P.*

*En lo que hace referencia a otro de los derechos alegados por el demandante, el numeral 7º del artículo 40 de la Carta Política consagra el derecho a "acceder al desempeño de funciones y cargos públicos". Desde sus inicios, la Corte ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. En la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:*

*Está de por medio, sin lugar a dudas, la efectividad de un derecho que, si bien, dada su naturaleza política, no ha sido reconocido por la Constitución a favor de todas las personas sino únicamente a los ciudadanos colombianos que no sean titulares de doble nacionalidad, tiene, respecto de ellos, el carácter de fundamental en cuanto únicamente la seguridad de su ejercicio concreto permite hacer realidad el principio de la participación, que se constituye en uno de los esenciales dentro de la filosofía política que inspira nuestra Carta, lo cual encuentra sustento no solo en la misma preceptiva constitucional, en su Preámbulo y en sus artículos 1, 2, 3, 40, 41, 103 a 112, entre otros, sino en el texto de la papeleta por medio de la cual el pueblo colombiano votó abrumadoramente el 27 de mayo de 1990 por la convocatoria de una Asamblea Constituyente, cuyo único propósito expreso consistió en "fortalecer la democracia participativa".*

*El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -*

<sup>11</sup> Ver sentencia T-502 de 2010.

<sup>12</sup> Ver sentencia T-048 de 2009.

*genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa”.*

*Si ello es así, tal protección puede ser reclamada, en casos concretos, mediante el uso del mecanismo de la acción de tutela, concebida precisamente como medio idóneo para asegurar que los derechos trascienden del plano de la ilusión al de la realidad”.*

*La jurisprudencia igualmente ha destacado la singular importancia de este derecho dentro del ordenamiento constitucional, pues constituye garantía básica para lograr amplios espacios de legitimación democrática<sup>13</sup>.*

*La Corte Constitucional ha hecho referencia a sus distintas dimensiones, así ha señalado que frente al nivel abstracto -propio de los juicios de control de constitucionalidad-, interesa determinar si las restricciones, limitaciones o condiciones de acceso a los cargos públicos son proporcionados. Por su parte, en sede de tutela corresponde en principio, establecer si en el caso concreto, a una persona le ha sido desconocido un derecho subjetivo de acceso a un cargo público determinado. En tales juicios, prima facie no resulta suficiente la norma constitucional, sino que ésta ha de ser completada por disposiciones legales relativas al cumplimiento de condiciones para el acceso al cargo y su permanencia.*

*Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo<sup>14</sup>, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos<sup>15</sup>, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos<sup>16</sup>, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público<sup>17</sup>.*

*Finalmente, en lo que hace referencia a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales*

<sup>13</sup> Sentencia SU-441 de 2001.

<sup>14</sup> Sentencia T-309 de 1993.

<sup>15</sup> Sentencia T-313 de 2006.

<sup>16</sup> Sentencia T-451 de 2001.

<sup>17</sup> Sentencia SU-441 de 2001.

que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente<sup>18</sup>.

*La igualdad carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional.*

*Ahora bien, la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinomatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuando va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación.*

*Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.*

<sup>18</sup> Por el ejemplo el artículo 42 el cual señala que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de sus integrantes, el artículo 53 que consagra entre los principios mínimos del estatuto del trabajo la igualdad de oportunidades de los trabajadores, el artículo 70 que impone al Estado colombiano el deber de asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a la cultura y reconoce la igualdad de las culturas que conviven en el país, el artículo 75 dispone la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético y el artículo 209 consagra la igualdad como uno de los principios que orienta la función administrativa.

*De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional. (...)*<sup>19</sup>

#### 5.4. Caso concreto

A efectos de examinar la cuestión previa, relativa a la posible temeridad, es pertinente tener en cuenta que al expediente se allegó fotocopia de la sentencia de tutela calendada 16 de septiembre de 2019 incoada por Antonio José Hinestroza Marín contra el ICBF y otros, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en la que se confirmó la sentencia del 12 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que la declaró improcedente.<sup>20</sup>

Partiendo de la base que se encuentra una dualidad de acciones de tutela encaminadas al mismo objetivo, el presente fallador aplicará las reglas expuestas en materia de temeridad por la Corte Constitucional en fallo T-507 de junio 30 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

**(i) IDENTIDAD DE PARTES:** es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona de natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales.<sup>21</sup>

Sobre este tópico debe hacer hincapié esta Instancia, que este requisito se cumple, pues en ambas acciones de tutela se dirigen

<sup>19</sup> SU-339/2011

<sup>20</sup> Folios 141 - 151 del Cuad. original.

<sup>21</sup> Sentencia SU-713 de 2006, citada en la sentencia T-199 de 2011.

contra los mismos demandados o parte pasiva el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, y, a su vez, son propuestas por el mismo sujeto activo en su condición de persona natural señor Antonio José Hinestroza Marín.

**(ii) IDENTIDAD FÁCTICA O DE CAUSA PETENDI:** o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa<sup>22</sup>.

Respecto de este requisito es necesario resaltar, que el mismo no se cumple, pues si bien los supuestos fácticos de la demanda de tutela del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva y la de este Despacho, se circunscriben en el nombramiento del actor en el Cargo de Defensor de Familia, Grado 17, creado mediante Decreto 1479 de 2017, conforme la lista de elegibles de la OPEC 34704 de la Convocatoria No. 433 de 2016 de la que hace parte en la posición 4, sin embargo, en la presente demanda varía el hecho del proferimiento de la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado de la CNSC calendaro 16 de enero de 2020, de la que se refiere su aplicación. Siendo entonces que este presupuesto no es idéntico en las dos acciones de tutela.

**(iii) IDENTIDAD DE OBJETO:** esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar<sup>23</sup>. La identidad de objeto hace relación al fin con el que se orienta la acción, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental.<sup>24</sup>

Advirtiéndose delantamente, que no hay identidad de objeto entre las dos demandas de tutela referidas, pues en la actualidad lo solicitado por el actor, en general es que se lleve a cabo el nombramiento como siguiente en la lista para el cargo de defensor de familia Código 2125, Grado 17, sede Pitalito, en aplicación a la Ley 1960 de 2019, siendo que en la incoada en el Juzgado

<sup>22</sup> Sentencia SU-713 de 2006.

<sup>23</sup> Sentencia SU-713 de 2006.

<sup>24</sup> Sentencia T-507 de 2011 citada.

Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, básicamente es la misma pretensión pero no advierte en aplicación o cumplimiento a norma alguna.

Concluyéndose que en el caso no se presentan la identidad de casusa y objeto, para advertir una posible duplicidad de acciones de tutela, en consecuencia, se procederá a estudiar de fondo el asunto, teniendo en cuenta que se cumplen los requisitos de procedencia para la misma, como expuso anteriormente.

El accionante señor Antonio José Hinestroza Marín, solicita se lleve a cabo el nombramiento en el Cargo de Defensor de Familia, Grado 17, creado mediante Decreto 1479 de 2017, conforme la lista de elegibles de la OPEC 34704 de la Convocatoria No. 433 de 2016 de la que hace parte en la posición 4, en aplicación a la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado de la CNSC calendado 16 de enero de 2020.

Al respecto, según el material probatorio aportado se tiene lo siguiente:

1. La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, procedió a adelantar el Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 4733 de 2016 — ICBF, mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de persona pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”*, en el que entre otros ofertó el empleo identificado con OPEC No. 34704 denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, del que se ofertaron 3 vacantes en el Municipio de Pitalito Huila.

2. El accionante se presentó a la referida convocatoria aplicando la OPEC, de la cual se expidió la Resolución No. CNSC – 20182230072745 del 17 de julio de 2018 *“por medio de la cual se conforma la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34704, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”*, conformada por nueve personas elegibles, dentro de las

cuales está el señor Antonio José Hinestroza Marín en el puesto 4.<sup>25</sup> Dicho acto administrativo quedó en firme el 31 de julio de 2018, y tiene una vigencia de dos años.

3. Por lo anterior el ICBF expidió los actos administrativos con los que nombró a los tres primeros elegibles, para el cargo de Defensor de Familia del Municipio de Pitalito, quedando el accionante en un primer lugar.

4. Posterior a la convocatoria el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017 *“Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones.”*, creando 3.737 empleos, incluidos 328 en el cargo de Defensor de Familia Código 2125, Grado 17<sup>26</sup>, por lo cual, en el Municipio de Pitalito se amplió la planta de personal de 3 a 6 defensores de Familia.

5. El artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 que modificó el número 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 refiere que: *“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.(...)”*

6. La CNSC el 16 de enero de 2020 emitió el criterio unificado de *“Uso de Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, que concluyó: *“(...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de Empleos de Carrera –OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que corresponden a los “mismos empleos”, entendiéndose con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual,*

<sup>25</sup> Folios 6-7

<sup>26</sup> [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_1479\\_2017.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1479_2017.htm)

*propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios que con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC*<sup>27</sup>

7. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, informó que procederá a realizar el nombramiento del señor Hinestroza una vez surta el procedimiento que debe seguir en esos casos y la CNSC apruebe el uso de la lista, que fue remitida a esa entidad mediante oficio del 25 de febrero de 2020, sin embargo no refiere un término probable para llevarlo a cabo, ni aportó prueba que gestiones mencionadas.

8. Con lo anterior, se concluye que las accionadas vulneran los derechos fundamentales al acceso a los cargos públicos y el debido proceso del actor, al dejar incierta la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado calendado 16 de enero de 2020 del CNSC *“Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”*.

9. Entonces se hace necesario proteger los derechos fundamentales deprecados por el actor, y, en consecuencia se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR —ICBF—, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice las existentes en el sistema SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC -20182230072745 del 17 – 07-2018, para el empleo identificado con OPEC No. 34704 denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la convocatoria 433-2016 ICBF, con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017, igualmente se ordenará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, que una vez solicitada por parte del ICBF el uso de la lista de elegibles mencionada, con la respectiva verificación y conformación de la misma, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad. Dicho proceso no podrá

---

<sup>27</sup> Folios 10 y 11

exceder el término de un mes calendario contado a partir del cumplimiento de las cuarenta y ocho (48) horas antes otorgadas.

Por último se ordenará al ICBF que en el término de cinco (05) días hábiles contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, efectúe los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.

La presente decisión tiene efecto inter comunis para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC -20182230072745 del 17 - 07-2018.

## 6. DECISIÓN

***Por lo anteriormente expuesto, EL JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE NEIVA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,***

## 7. RESUELVE

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a cargos públicos del señor **ANTONIO JOSÉ HINESTROZA MARÍN** vulnerados por el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)**.

**SEGUNDO: ORDENAR** al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR —ICBF—**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice las existentes en el sistema SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC -20182230072745 del 17-07-2018, para el empleo identificado con Código OPEC No. 34704 denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la convocatoria 433-2016 ICBF, con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que

corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017.

**ORDENAR** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL —CNSC—** que una vez solicitada por parte del ICBF el uso de la lista de elegibles mencionada en el numeral anterior, con la respectiva verificación y conformación de la misma, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad. Dicho proceso no podrá exceder el término de un mes calendario contado a partir del cumplimiento de las cuarenta y ocho (48) horas antes otorgadas.

**ORDENAR** al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR —ICBF—** que en el término de cinco (05) días hábiles contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, efectúe los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.

**TERCERO:** La presente decisión tiene efecto inter comunis para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC -20182230072745 del 17 - 07-2018.

**CUARTO: ORDENAR** que el ICBF que durante el término de dos (02) días siguientes al recibo del oficio, por el medio más expedito notifique del presente fallo a los siguientes sujetos procesales: i) quienes conforman la lista de elegibles para proveer tres vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34704, denominado Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 ofertado en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016-ICBF señores Claudio Hernán López Gutiérrez, Cristina Molina Artunduaga; César Andrés Trujillo Ortega, Camilo Andrés González Correa, y Lina María Ortiz Londoño; ii) Servidores Públicos nombrados en el cargo de defensor de Familia, en provisionalidad, en el Centro Zonal Pitalito Regional Huila del ICBF; iii) Las personas que conforman la lista general de elegibles para el cargo de Defensor de Familia de la OPEC No. 34704, Código 2124 del CBF, Nivel Central; y iii) Las personas que desempeñan el cargo de Defensor de Familia en Provisionalidad en el I.C.B.F. a nivel nacional, para lo cual se ordenó su notificación mediante el ICBF Nivel Central.

**QUINTO:** De no ser impugnado el presente fallo, por secretaría remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión y en caso que sea excluida de revisión, archívese de forma definitiva.

**SEXTO:** Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**MARÍA DEL PILAR OCHOA JIMÉNEZ**

Juez

