



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA, N.S.
JUZGADO SEGUNDO CIVIL LABORAL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE
PAMPLONA**

Dos (02) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO: 54 518 31 12 002 2020 00060 00
ACCIONANTE: Manuel Orlando Mena Zapata
ACCIONADOS: Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF
VINCULADOS: Participantes de la Convocatoria No. 433 de 2016, mediante la cual se invitó a concurso abierto de méritos con el fin de proveer en forma definitiva los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Personas que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de Profesional Universitario Código 2044, grado 11 de la Convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos dentro de la Convocatoria No. 433 de 2016 y que han sido provistos en provisionalidad – Profesional Universitario Código 2044, grado 11.

I.ASUNTO

Procede ésta funcionaria constitucional a proferir el fallo dentro de la presente acción de tutela instaurada por Manuel Orlando Mena Zapata identificado con cédula de ciudadanía número 16.755.974, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y como vinculados los demás, participantes de la Convocatoria No. 433 de 2016, mediante la cual se invitó a concurso abierto de méritos con el fin de proveer en forma definitiva los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, así como las personas que actualmente conforman la lista de elegibles del

cargo de Profesional Especializado Universitario 2044, grado 11 de la Convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); e igualmente, los Funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos dentro de la Convocatoria No. 433 de 2016 y que han sido provistos en provisionalidad – Profesional Universitario Código 2044, grado 11; por la presunta vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, petición, principio de buena fé, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de méritos.

II. PEDIMENTO DE TUTELA

El accionante, solicita:

“1. Se protejan mis derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, principio de buena fe, de los niños, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2. Ruego a usted señor juez utilizar su poder oficioso para INAPLICAR por inconstitucional el “Criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020. Debido a las razones que expondré a continuación en mis argumentos.

3. Se ordene a las accionadas que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución N° CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018 respecto al cargo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO 11 CODIGO 2044 en una de las vacantes que en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva.

4. Específicamente para lo anterior: ORDENAR que, en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de la sentencia, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta gobl los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11 al que concursó MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el merito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA ocupó el segundo lugar, en todo caso la entidad a la que corresponda deberá elaborar la lista y entregarla a la otra, en armonía con la Ley.

La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA las vacantes identificadas como

equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables.

En todo caso, que la actuación globalmente considera no exceda una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

4. Se tomen las determinaciones que el señor Juez considere conducentes para la efectividad de la protección de los derechos vulnerados, para si obtener mi correspondiente nombramiento en periodo de prueba”.

III.FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA ACCIÓN

Relata la accionante que, mediante Acuerdo No. 2016100001376 de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso para proveer cargos en propiedad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Convocatoria No. 433 de 2016, siendo ofertada una vacante para la ciudad de Cali.

Indica que, se inscribió para el cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 1º, Código OPEC 39458 de la aludida Convocatoria; superando todas las etapas.

Asevera que, mediante Resolución No. 20182230040585 del 26 de abril de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo para el que concursó, ocupando el 2º lugar, con 70.76 puntos.

Afirma que, el ICBF nombró en el empleo para el que concursó, a quien ocupó el primer lugar; de manera que, automáticamente quedó reclasificado en el primer puesto para dicho cargo.

Señala que, en el artículo 4º del Acuerdo de la convocatoria, se dispuso:

“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará 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”.

Indica que, elevó derecho de petición cuyo radicado fue PQR 201811230084 del 23 de noviembre de 2018, en la que solicitó:

“1. Para la convocatoria 433, el ICBF debe reconfigurar una lista de elegibles a nivel nacional y publicarla?, hablando de la misma convocatoria 433. 2. ¿o cuál es el mecanismo para conocer los cargos para la nueva lista de elegibles con cargos iguales en otras regiones geográficas?.

Ante lo cual aduce que le informaron:

“Así las cosas, resulta claro 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. A diferencia, a los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria que les generara el derecho a ser nombrados, le asiste una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

Por otro lado, es menester informarle que el artículo cuarto del acto administrativo por el cual se conformó la lista de elegibles del empleo 34958 al que usted hace alusión sobre la reconfiguración de listas, fue revocado por esta Comisión Nacional mediante la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, la cual puede ser consultada en la página de la convocatoria, específicamente en el acápite de normatividad”.

De la respuesta de la comisión, aduce que el art. 4 del Acuerdo de la convocatoria 433 de 2016 fué revocado, y que según el punto de vista de la CNSC “sólo le asiste una expectativa”.

Destacó que el artículo 63 del acuerdo de la convocatoria 433 de 2016 precisó:

“RECOMPOSICIÓN DE LISTAS DE ELEGIBLES: Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando éstos no acepten el nombramiento o no se posesione dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista: “(...) Por lo anterior y después de conocerse que el nombramiento de la persona que figuraba en el primer lugar de la lista de elegibles determinada con la resolución N° CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018, queda establecido mi paso al primer lugar de la lista en razón a la recomposición automática de la que habla el artículo 63 de los acuerdos de la convocatoria 433 de 2016”.

De lo anterior, afirma que después de conocerse que el nombramiento de la persona que figuraba en el primer lugar de la lista de elegibles determinada con la resolución N° CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018, quedó establecido su paso al primer lugar de la lista en razón a la recomposición automática que trata el artículo 63 en mención.

Señala que, el art. 6º de la Ley 1960 de 2019 que modifica el numeral 4º del art. 31 de la Ley 909 de 2004, consagra:

“Con los resultados de las pruebas de 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”.

A su vez que el artículo 7 señala:

“La presente ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias”.

Precisa que, de art. 7 de dicha norma, la misma rige a partir de su publicación, es decir, que se aplica a futuro, pero con la jurisprudencia de la Corte constitucional y el Consejo de Estado, debe tenerse presente que la irretroactividad de la ley tiene ciertas excepciones, para el caso concreto, bajo el argumento que *“A diferencia, a los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria que les genera el derecho a ser nombrados, les asiste una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo”.*

Narra que el día 01 de agosto de 2019, la CNSC emitió un Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto para la reforma de la Ley 909 de 2004 en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.

Cuenta que, el 16 de enero de 2020 la CNSC adoptó un nuevo criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, con el cual revoca el anterior criterio unificado del 01 de agosto de 2019.

Señala que, la CNSC expidió un documento denominado “Complementación 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, donde afirmó:

“La CNSC en sesión de Sala Plena del 6 de agosto de 2020, aprobó complementar el concepto de “mismo empleo” definido en el Criterio Unificado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019”, incluyendo mismos requisitos de estudio y experiencia para el empleo ofertado.

Por tanto, el inciso primero de la página 3, del referido Criterio Unificado, quedará así:

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 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, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC”.

Manifiesta que, el 15 de mayo de 2020 elevó derecho de petición ante el ICBF, remitido al email atencionalciudadano@icbf.gov.co, el cual aduce que nunca fue respondido.

Advierte que, tiene dos hijos menores de edad, que dependen completamente de él, y quienes se han visto afectados negativamente por el actuar del ICBF y la CNSC; además, que no cuenta con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de acciones judiciales extensas y onerosas.

Resalta que, cumple con todos los requisitos de procedibilidad, a saber: trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad, perjuicio irremediable.

Finalmente, asevera que para los nombramientos de las personas que están en lista de elegibles, no están siendo tenidos en cuenta las personas que pueden ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos, porque el acceso a los cargos públicos está siendo limitado por el Criterio Unificado CNSC del 16 de enero de 2020, aunque existe evidencia de empleos ocupados por personas en provisionalidad o por encargo.

Como anexos de la acción de tutela se acompañaron los siguientes documentos:

- Cédula de ciudadanía del señor Manuel Orlando Mena Zapata (folio 82).
- Copia providencia del dieciocho (18) de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras, Accionados: CNSC e ICBF (folios 83 a 94 y, 322 a 333).
- Copia salvamento parcial de voto de la providencia del dieciocho (18) de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras, Accionados: CNSC e ICBF (folios 95 a 96 y, 334 a 335).
- Copia providencia del treinta (30) de junio de 2020 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona – Sala Única de Decisión. Accionante: Luz Mary Díaz García, Accionados: CNSC e ICBF (folios 97 a 139 y, 245 a 287).
- Copia providencia del catorce (14) de abril de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. Accionante: Alexis Díaz González – María Cecilia

Arroyo Rodríguez y Yennifer Ruiz Gaitán, Accionados: CNSC e ICBF (folios 140 a 156).

- Copia providencia del doce (12) de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pasto. Accionante: Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo, Accionados: CNSC e ICBF (folios 157 a 177).
- Copia providencia del cinco (05) de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja. Accionante: Fabian Orlando Orjuela Ramírez, Accionados: CNSC e ICBF (folios 178 a 191).
- Copia providencia del doce (12) de marzo de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Accionante: Fabián Orlando Orjuela Ramírez, Accionados: CNSC e ICBF (folios 192 a 226).
- Copia providencia del veinticinco (25) de junio de 2020 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. Accionante: Luis Orlando Buitrago Sánchez, Accionados: CNSC e ICBF (folios 228 a 244).
- Copia providencia del diez (10) de junio de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Accionante: Martha Lucia Perico Rico, Accionados: CNSC e ICBF (folios 288 a 303).
- Copia providencia del treinta (30) de abril de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Accionante: Luisa María Flórez Valencia, Accionados: CNSC e ICBF (folios 304 a 319).
- Copia auto interlocutorio del cinco (05) de mayo de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán. Accionante: Angela Cecilia Astudillo Montenegro, Accionados: CNSC e IICBF (folios 320 y 321).
- Copia providencia del seis (06) de mayo de 2020 proferida por el Juzgado 55 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá. Accionante: Manuel Fernando Durán Gutiérrez, Accionados: CNSC e ICBF (folios 336 a 359).
- Copia providencia del dieciséis (16) de junio de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera Subsección A. Accionante: Manuel Fernando Durán Gutiérrez, Accionados: CNSC e ICBF (folios 360 a 373).
- Copia providencia del diecinueve (19) de junio de 2020 proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. Accionante: Roberto Salazar Fernández, Accionados: CNSC e ICBF (folios 374 a 392).
- Copia providencia del veintitrés (23) de junio de 2020 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala Cuarta de Decisión Laboral. Accionante: Carmenza Mesa Muñoz, Accionados: CNSC e ICBF (folios 393 a 418).

IV. TRÁMITE DE LA INSTANCIA Y RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

Allegada la tutela a este Despacho judicial, se profirió auto admisorio de fecha veintiuno (21) de agosto de 2020¹, ordenando correr traslado a la entidades accionadas y vinculados por dos (2) días para que ejercieran su derecho de defensa.

Se decretaron de oficio, las siguientes pruebas:

“Requíerese al Director (a) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que se sirva informar:

- a) Cuántas vacantes correspondientes al cargo Profesional Universitario Código 2044, grado 11 creados mediante 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 ICBF” fueron nombrados de las listas de elegibles que arrojó la convocatoria No. 433 de 2016.*
- b) Cuántos están vacantes, pendientes de proveer en propiedad.*
- c) Porqué no han sido provistas con base en las listas de elegibles existentes de la Convocatoria No. 433 de 2016.*
- d) Dónde están ubicadas dichas vacantes.*
- e) Cuántas vacantes se han provisto en provisionalidad desde la expedición de las listas de elegibles resultado de la Convocatoria No. 433 de 2016.*
- f) Si dichas vacantes ya fueron ofertadas en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS.*
- g) Cuántas personas que hayan aprobado el concurso para el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CODIGO 2044, GRADO 11 se encuentran a la expectativa de ser nombradas”.*

Posteriormente, mediante correo electrónico allegado el 21 de agosto hogaño², el accionante aportó registro fotográfico de los registros civiles de sus hijos, e igualmente de las tarjetas de identidad de los mismos; así como también dijo aclarar que la OPEC en la que aparece registrado en la lista de elegibles es la No.39458, y la denominación del empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 11³.

Seguidamente, a través de email remitido el 23 de agosto hogaño⁴, el accionante manifestó:

“(…) olvidé mencionar en mi acción Constitucional los siguientes hechos nuevos:

¹ Folios 423 a 426.

² Folios 437 a 440.

³ Fl. 419

⁴ Folio 441 a 460.

1. La acción de tutela de: DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE, proferida en, Arauca, Arauca, en julio veintidós (22) de dos mil veinte (2020), radicado 81001-31-87-001-2020-00209-00, proferido por el juez Jaime Enrique Bernal Ladino, donde se trata de hechos análogos con las misma accionadas y dode se ordena:

(...)

PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional el criterio unificado de “uso de listas de elegible en el “contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020 de conformidad con lo reseñado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONCEDER la protección de los derechos fundamentales solicitados por la señora DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

(...)

A pesar de ser una sentencia de primera instancia, los hechos narrados por la tutelante Diana Milena son análogos a los expuestos por mí en la acción constitucional recibida en su despacho, por lo tanto, solicito respetuosamente sea tenida dicha en cuenta dicha sentencia como un hecho jurídico nuevo.

2. Decreto N° 498 del 30 de marzo de 2020., por medio el cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de la Función Pública.

3. Deseo manifestar en este instante que no cuento estabilidad laboral desde hace meses, y que estado me ha llevado a una situación desesperada porque como ya lo manifesté en el punto 2.22 de mi acción de tutela mis hijos dependen completamente de mí, y la verdad hemos pasado penas en los últimos meses debido a mi precaria situación económica, por le ruego tener en cuenta esta consideración y el hecho de que la conducta vulneradora de derechos por parte de entidades ICBF y CNSC es persistente, considero yo, desafiante a la justicia”.

De otra parte, mediante email recibido el 30 de agosto hogaño⁵, el accionante manifestó: “(...) en mi acción constitucional, por error le cambié el sentido a una frase que yo mismo escribí y al verdad no quiero que se presente una interpretación diferente a la que yo quería darle, y es en la página 45. Lo que quería escribir es que en mi caso NO son derechos adquiridos, son meras las que he tenido hasta la aparición de la Ley 1960 de 2019. Entonces el texto debió ser algo así como (cambia una palabra que indiqué con letras rojas): “Precisamente se escribe claramente: derechos adquiridos, no es mi caso”.

De otra parte, las entidades accionadas y vinculada recorrieron el traslado de la acción de tutela en los siguientes términos:

4.1. La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC

El Doctor Carlos Fernando López Pastra en condición de Asesor jurídico la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante correo electrónico allegado el 26 de

⁵ Folios 716 y 717.

agosto de 2020⁶, mencionó que consultado el sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad – SIMO, constató que el señor Manuel Orlando Mena Zapata, concursó en la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, para el empleo, identificado con el Código OPEC No. 39458, denominado Profesional Universitario, código 2044, grado 11, quien agotadas las fases del concurso ocupó: “(...) la posición No. 1 en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018, para proveer una (1) vacante⁷”.

Indicó que en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 62 del acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al ICBF el mencionado acto administrativo para que procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritatoria en la lista, conforme al número de vacantes ofertadas para dicha OPEC, en estricto orden de merito, es decir, la primera posición.

Precisó que, como quiera que para el empleo en mención se ofertó únicamente 1 vacante, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba para el cargo, fué el aspirante que ocupó la 1a posición en la lista de elegibles. Así pues, el accionante, dado que ocupó la posición No. 2, es decir, una vacante por encima de los primeros lugares, razón por la que, no era posible realizar su nombramiento, dado que no ocupó una posición meritatoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo.

Respecto a los nombramientos y posesiones, y en general en la administración de plantas de personal, señaló que la CNSC no tiene competencia, pues tal facultad se otorgó por la ley exclusivamente a los representantes legales o delegados de las respectivas entidades, como lo prescribe el inciso final del art. 2.2.5.1.1. del Decreto 1083 de 2015.

Reitera entonces que, la competencia para el nombramiento y posesión de los servidores del ICBF, recaen exclusivamente en el Director de dicho Instituto o en la persona que ésta delegue.

Advierte que la competencia de la CNSC frente a los procesos de selección está limitada a las fases de: i) convocatoria, ii) reclutamiento, iii) aplicación de pruebas y iv) conformación de listas de elegibles, recayendo en las entidades destinatarias del concurso la responsabilidad de realizar los nombramientos en período de prueba de los

⁶ Folios 461 a 484.

⁷ Folios 462 y 463.

elegibles, mismo que una vez culminado debe ser evaluado emitiendo la calificación que en derecho corresponda.

Precisó que, a través del Acuerdo No. 562 del 5 de enero de 2016, norma aplicable a la convocatoria en cuestión, se reglamentó 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.

Señaló que, una vez conformadas las listas de elegibles para proveer por mérito las vacantes definitivas de los empleos objeto de concurso se genera para quienes las integran dos tipos de derechos: i) para quien se encuentre en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, tiene el derecho a ser nombrado en período de prueba y posesionado en el empleo aspirado; y ii) para quienes su posición dentro de la lista de elegibles no dé lugar a su nombramiento directo, en el evento que surjan nuevas vacantes, tienen la expectativa de ser nombrados, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia.

Así pues, afirmó 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 meritoria 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.

Precisó que, el accionante se encuentra sujeto no sólo a la vigencia sino al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Frente a los mismos empleos y los empleos vacantes, afirmó que la Ley 909 de 2004 define empleo como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Aseveró que el Criterio Unificado sobre el uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, señala que el mismo empleo, es aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,

ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección.

Resaltó que, “mismo empleo” corresponde a un empleo exactamente igual en todos los componentes descritos y definidos, es decir, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, siendo éste el requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado en el empleo para el que concurso y demostró cumplir con lo exigido y no otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección.

De cara al uso de las listas, afirmó que el literal e) del art. 11 de la Ley 909 de 2004, designó que la CNSC dentro de sus funciones de administración de carrera administrativa, le corresponde conformar, organizar y manejar el banco nacional de listas de elegibles, y en el literal f) contempla remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se debe proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los bancos de datos a que se refiere el literal anterior.

Informó que, para que se dé el uso de listas, se debe presentar dos situaciones:

- 1) Cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria no acepta el nombramiento en período de prueba o no se pronuncia, es deber de la entidad expedir el acto administrativo de derogatoria, caso contrario, cuando el elegible ya ha tomado posesión del empleo y renuncia se expide el acto administrativo de aceptación de renuncia, caso en el cual el uso de listas es automático, y en este caso, la entidad respectiva se encuentra autorizada para hacer uso en estricto orden de méritos de las listas de elegibles durante la vigencia de la lista de elegibles, según el num. 4º del art. 31 de la Ley 909 de 2004.
- 2) Cuando se presente la renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el período de prueba, o cuando la entidad crea nuevos cargos, durante la vigencia de las listas de elegibles.

Evento en el cual, aduce que la entidad debe solicitar autorización para hacer uso de la lista con cobro, de conformidad con lo determinado en el inciso 4º del art. 30 de la Ley 909 de 2004, donde establece que las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por la CNSC, deberán sufragar los

costos determinados, para lo cual se expidió la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014.

De cara a la vigencia de las listas y pérdida de fuerza ejecutoria, se tiene que la Resolución No. CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018, precisó que el num. 4 del art. 31 de la Ley 909 de 2004, reza: *“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 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”*.

Precisó que para el caso concreto y conforme a lo publicado en el banco nacional de lista de elegibles, conformada mediante la Resolución No. CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018, cobró firmeza el 17 de mayo de 2018 y su fecha de vencimiento era el 16 de mayo de 2020, por lo cual a esta fecha todos los que se encuentran en la mencionada lista ya pierden su calidad de elegibles pues la misma está vencida.

Resaltó que la Resolución No. CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018, ya no tiene fuerza ejecutoria toda vez que perdió vigencia el 16 de mayo de 2020.

Así pues, colige que el accionante Manuel Orlando Mena Zapata ya no ostenta la calidad de elegible.

Precisó también, que durante la vigencia de la lista el ICBF no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016, que cumplan con el criterio de mismos empleos.

Igualmente, aduce que evidenció que durante la vigencia de la lista, el ICBF no reportó ante la CNSC acto administrativo en el que soporte movilidad de la lista, por tanto, se presume que no presentó derogatoria ni revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento, ni acto administrativo que declarara la vacancia definitiva por configurarse una de las causales de retiro, de quien ocupase la posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

De otra parte, señaló que el accionante radicó petición ante el ICBF y no ante la CNSC, por lo tanto, considera que ésta última entidad no ha vulnerado el derecho de petición del señor Mena Zapata.

Finalmente, solicitó declarar improcedente la presente acción constitucional, dado que en su sentir, no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la CNSC.

Como anexos de la contestación a la acción de tutela se acompañaron los siguientes documentos:

- Copia Resolución No. CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39458, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”* (folios 472 a 474).
- Copia Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 (folios 475 a 477).
- Copia circula externa No. 0001 de 2020, asunto: Instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes (folios 478 a 482).
- Copia Resolución No. 4063 de 2020 *“Por la cual se hace un nombramiento ordinario”* expedido por la CNSC (folios 483 a 484).

Respecto a la publicación de la presente acción en la página web de la CNSC, mediante correo allegado el 26 de agosto de 2020⁸ por el señor Sebastián Anibal Pinzón Hernández – Contratista Jurídica de dicha entidad, se informó que: *“(…) como las publicaciones de tutela en la página web de la CNSC se hace a través de un programa remoto el mismo presenta fallas desde el día 25/08/2020 hasta la fecha, apenas el sistema funcione y no presente fallas de procederá a la publicación de la acción de tutela”.*

4.2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF

Mediante correo electrónico allegado el 26 de agosto hogaño⁹, el Doctor Edgar Leonardo Bojacá Castro en condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, informó en primer lugar que el ICBF no tiene datos de contacto de las personas que actualmente hacen parte de las listas de elegibles, dado que las mismas son realizadas por la CNSC, quien es la dueña de la

⁸ Folio 485.

⁹ Folio 486 a 681.

información de las personas que las conforman y la responsable y encargada de adelantar el proceso de convocatoria.

Igualmente, precisó que se publicó en su página web, la acción de la tutela que nos ocupa, la cual se puede consultar en el siguiente link: <https://www.icbf.gov.co/notificaciones-fallos-de-tutela>.

Asevera que en el presente caso, el ICBF estima que la acción de tutela deviene improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que:

- a) Ya se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza, la cual se conformó para proveer 1 vacante y en dicha lista el accionante ocupó la posición número 2. Resaltó que dicha lista, venció el 16 de mayo de 2020. Por lo tanto, advierte que en el caso de marras, el actor no tiene derecho a ser nombrado.
- b) El actor no cuestiona dicha lista ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles; sino por el contrario, actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del art. 6º de la Ley 1960 de 2019.
- c) El accionante ataca la aplicación de 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.

Advierte que el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación vulneratoria de derechos fundamentales del accionante, pues de conformidad con el art. 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dió apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 del 2012 y la jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-466 de 2011), las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la Convocatoria, y solo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado "*Uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*", en virtud del cual se están usando las listas de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, en los casos autorizados por la CNSC.

Informa que, surtido el procedimiento establecido por la CNSC, el ICBF encontró que el actor exige su nombramiento en un cargo para el que no guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, dado que no cumple los requisitos establecidos en el criterio unificado, pues para la OPEC para la cual participó, no existen vacantes creadas con posterioridad a la convocatoria 433, y que cumplan con

las condiciones establecidas en el criterio de igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y en especial la ubicación geográfica; resalta que desconocer tal condición, afectaría los derechos de las personas que conforman las listas de elegibles, que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC por haberse presentado para dichas ubicaciones geográficas específicas.

Frente al derecho de petición, aduce que los mismos fueron resueltos como consta en los documentos que adjunta.

Frente a los hechos precisó que, la CNSC mediante 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 ICBF, Convocatoria No. 433 de 2016.

Aduce que, la convocatoria en mención surtió todas las etapas previstas para su desarrollo, y ya se profirieron todas las listas de elegibles correspondientes.

Adujo que, para el asunto de marras, a través de la Oferta Pública de Empleos de Carrera No. 39458 se ofertó una (01) vacante del empleo denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 11, cuya ubicación geográfica era la Regional Cali – Valle del Cauca, tal y como se verifica en el link <https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-433-icbf>.

Precisa que, la lista de elegibles se publicó por la CNSC mediante la Resolución 20182230040585 del 26 de abril de 2018, estaba conformada por tres (3) personas, en donde el señor Manuel Orlando Mena Zapata ocupó el segundo (2º) lugar de elegibilidad; además que, una vez en firme la misma, el ICBF procedió a efectuar el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar de elegibilidad, a saber, la Señora Adriana Daza Dorado, respecto de quien advierte ya tiene derechos de carrera por haber superado los seis (6) meses en período de prueba.

Afirma que, el proceso para proveer las vacantes de la Convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 11 OPEC (39458) en el que participó el hoy accionante, ya se surtió con el nombramiento y posesión de la Señora Daza Dorado.

Manifiesta que, en cumplimiento de lo dispuesto por la CNSC, criterio unificado *“Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019”* del 16 de enero de 2020, el

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, se han adelantado las siguientes acciones:

- a) Verificación e identificación en la planta global, 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.
- b) Se validaron las 1196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016.
- c) A la fecha no se han generado vacantes con posterioridad a las ofertadas en la Convocatoria 433 de 2016 que cumplan con todos los parámetros establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC correspondiente al mismo empleo para la OPEC 39458, no es posible solicitar el uso de listas de elegibles por Criterio Unificado.

De cara a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela señala que en el caso que nos ocupa, la solicitud de amparo deviene improcedente al no cumplir con los requisitos de **i)** transcendencia iusfundamental del asunto y, **ii)** subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Frente al primer aspecto (transcendencia iusfundamental) señala que las particularidades fácticas y jurídicas del presente caso exigen un análisis detallado y con mayor rigurosidad frente a la transcendencia iusfundamental del asunto, máxime si se tiene en cuenta que: **i)** la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante ya fué publicada alrededor de dos años, **ii)** el actor no ocupó los lugares correspondientes a las vacantes ofertadas en dicha lista, y **iii)** el actor pretende la aplicación inmediata y parcial de la Ley 1960 de 2019, frente a la cual el ICBF y la CNSC surtieron una serie de procedimientos administrativos y financieros complejos, que además, advierte no pueden ser objeto de injerencia por parte del Juez de tutela, pues como se estableció en el acápite de hechos, ya está determinado que la lista de elegibles del actor no puede ser utilizada en el marco del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020.

Aduce que, la controversia principal del presente caso versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, bajo el seguimiento de las directrices establecidas por la CNSC. Por lo que el ICBF: **i)** estableció los cargos y vacantes existentes en las 33 regionales del país a las que serían aplicables las listas de elegibles vigentes, **ii)** solicitó y pagó, previo trámite presupuestal a la CNSC, el uso de las listas aplicables y, **ii)** está adelantando los respectivos nombramientos y actos de posesión de las personas autorizada para su nombramiento por la CNSC.

Por lo anterior, afirma que no hay trascendencia iusfundamental en el problema jurídico del caso sub examine.

De cara al segundo aspecto (subsidiariedad y perjuicio irremediable) afirmó el accionante cuenta con mecanismos distintos a la tutela para ejercer sus derechos, sin que haya demostrado que son insuficientes para tal fin; además, que no demostró que acudir a las vías judiciales ordinarias configure un perjuicio irremediable en su derecho fundamental.

Aduce que, el accionante se opone tanto a actos administrativos de carácter general, como los “*Criterios unificados de la CNSC*”; así como a actos de carácter particular, como son las respuestas que se han dado a sus derechos de petición, en las que aduce se le informó sobre el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019, esto es, ataca un acto de la administración que le informa sobre un procedimiento administrativo para el cumplimiento de la norma.

Así las cosas, reitera que la respuesta dada al accionante constituye un acto administrativo que, no es objeto de protección constitucional a través de la acción de tutela.

Manifiesta que, dichos actos pueden ser controvertidos ante la jurisdicción 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 para actos administrativos de contenido particular. Acciones que advierte, cuentan con medidas cautelares (como la suspensión provisional del acto demandado) que, se presumen idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

Advierte que, frente al empleo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11, ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, a través de la OPEC 39458, no existe viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, por no corresponder con los criterios de perfil y ubicación geográfica.

Itera que, en el presente caso la entidad que representa no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental al actor, en tanto: **i)** adelantó todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019; y **ii)** estableció la no procedibilidad de hacer uso de la lista de elegibles del caso concreto condicionada a la revisión de los criterios establecidos por la CNSC.

Resalta que, para cumplir con la Ley 1960 de 2019, ha de tenerse en cuenta que desde la Convocatoria los aspirantes escogieron una ubicación geográfica específica; por tanto, en su sentir, las listas de elegibles vigentes deben aplicarse a cargos creados con posterioridad que cumplan con todas las características del empleo para el que los ciudadanos aspiraron.

De manera que, el señor Manuel Orlando Mena Zapata aspiró a un cargo ubicado en Cali, y la lista de elegibles que la contiene solamente tiene ese alcance, al ser la convocatoria la ley del concurso.

Aduce que, se alega una violación al derecho a la igualdad respecto a otros participantes de la Convocatoria 433 de 2016, sin percatarse que, cada una de las ofertas públicas de empleo de carreras a las que se inscriben los concursantes es diferente, pues contiene las características que definen el empleo que podrían llegar a ocupar.

Precisó además, que las condiciones de verificación de la planta global del ICBF y la validación de las listas de elegibles, permiten concluir que la lista de elegibles en que se encuentra el actor no puede ser utilizada para cubrir empleos diferentes a los convocados por falta de vacantes equivalentes.

Por otra parte, aduce que aceptar la aplicación de la lista de elegibles del accionante, desconocería los derechos de las personas que se inscribieron en las OPEC correspondientes al empleo, en las ubicaciones geográficas para las que sí se crearon nuevas vacantes, pues estas personas desde el inicio de la convocatoria escogieron tal ubicación, presentaron las pruebas y aprobaron el proceso a la luz de las necesidades del servicio de aquellos territorios.

Resaltó que, existen al menos 80 casos en los que la tutela ha sido considerada improcedente, para exigir el nombramiento en aplicación del art. 6º de la Ley 1960 de 2019; sin embargo, advierte que no hay ninguna decisión que haya hecho tránsito a cosa juzgada, pues aquellas que ampararon el derecho en segunda instancia, aún deben pasar por la revisión de la Corte Constitucional para que se entiendan como decisiones definitivas.

Así pues, precisa que ninguna de las decisiones que el Despacho pueda considerar como aplicables constituye precedente judicial, ni debe ser tenida en cuenta para resolver las pretensiones que aquí se reclaman, bien sea por inexistencia de cosa

juzgada constitucional o por diferencia en los fundamentos fácticos y jurídicos que les dieron origen.

Frente al accionante, precisó que tramitó la tutela 2020-0014 ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento y en dicha oportunidad desistió de la misma, luego de que por nulidad ordenada por el Superior, el A-quo se disponía a dictar nuevamente la sentencia.

Finalmente, solicitó declarar improcedente frente al ICBF la acción de tutela interpuesta por el señor Manuel Orlando Mena Zapata, por no cumplir los requisitos de relevancia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable.

De manera subsidiaria, pidió negar el presente amparo constitucional, al no advertirse violación de derechos fundamentales por conductas atribuibles al ICBF.

Como anexos de la contestación a la acción de tutela se acompañaron los siguientes documentos:

- Copia respuesta derecho de petición 202012100000015421, de fecha 24 de enero de 2020, dirigido a al señor Manuel Orlando Mena Zapata, suscrita por el Dr. John Fernando Guzmán Uparela – Director de Gestión Humana (E) (folios 497 a 499).
- Providencia del veintiuno (21) de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento, Ref: Acción de tutela T-2020-00014 (folios 500 y 501).
- Pantallazo correo electrónico del 11 de marzo de 2020 (folio 502).
- Oficio No. 0400 del 04 de marzo de 2020 dirigido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Asunto: Acción de tutela Nro. 2020-00014-00, Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento (folio 503).
- Copia cédula de ciudadanía del señor Manuel Orlando Mena Zapata (folio 504).
- Copia escrito de tutela presentada ante los Jueces de Reparto de la Ciudad de Cali – Valle del Cauca, de fecha 20 de febrero de 2020 (folios 505 a 527).
- Copia Acuerdo No. CNSC – 20181000001376 del 05 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, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”* (folios 528 a 554).
- Copia Acuerdo No. CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con*

el Código OPEC N. 29458, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF ” (folios 555 a 557).

- Pantallazo correo electrónico de fecha 07 de enero de 2020 dirigido al email momz.contador@gmail.com, con asunto: Derecho de petición – información y orientación con trámite SIM No. 176179522 (folios 558 a 559).
- Copia derecho de petición de fecha 07 de enero de 2019, dirigido al Director de Gestión Humana John Fernando Guzmán Uparela (folios 560 a 561 y, 562 a 563).
- Pantallazo correo electrónico de fecha 07 de enero de 2020 dirigido al email momz.contador@gmail.com, con asunto: Derecho de petición – información y orientación con trámite SIM No. 176179522 (folios 558 a 559).
- Copia constancia de inscripción Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad – Convocatoria 433 de 2016 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, fecha de inscripción 29 de diciembre de 2016 (folios 564 a 565).
- Copia comunicación del 09 de enero de 2019, dirigido al Director de Gestión Humana John Fernando Guzmán Uparela, Asunto: Derecho de petición 20200109 – Ampliación de lo expresado en la petición SIM No. 1761719522 (folios 566).
- Pantallazo correo electrónico de fecha 09 de enero de 2020 dirigido al email momz.contador@gmail.com, con asunto: Derecho de petición – información y orientación con trámite SIM No. 176179522 (folios 567 a 568).
- Copia Acuerdo No. CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 “*Por la cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF*” (folios 569 a 593).
- Copia Ley 1960 de 2019 “*Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*” (folios 594 a 596).
- Copia escrito de vinculación acción de tutela radicado 2019-00171 promovida por María Camila Arroyave Arias contra la CNSC y el ICBF, de fecha 30 de agosto de 2019, Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado con funciones de Conocimiento de Medellín (folios 597 a 618).
- Copia escrito de tutela radicado 2019-00171 promovida por Claudia Marcela Rodríguez Herrera contra la CNSC y el ICBF, de fecha 21 de octubre de 2019, Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares - Caldas (folios 619 a 638).
- Copia salvamento de voto del dieciocho (18) de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras, Accionados: CNSC e ICBF (folios 638 a 639 y, 652 a 653).

- Copia providencia del dieciocho (18) de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras, Accionados: CNSC e ICBF (folios 640 a 651).
- Copia criterio unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, de fecha 16 de enero de 2020 proferido por la CNSC (folios 654 a 657).
- Copia Decreto 1479 del 04 de septiembre de 2017 proferido por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS “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” (folios 657 a 663).
- Copia fallo de tutela de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, accionante: José Fernando Angel Porras, M.P. Dr. Rafael Gutiérrez Solano, radicado: 2019-00131-01 (folios 664 a 676).
- Copia salvamento de voto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander. Accionante: José Fernando Ángel Porras, Accionados: CNSC e ICBF (folios 677 a 678).
- Oficio No. 0486 del 17 de marzo de 2020 dirigido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Asunto: Acción de tutela Nro. 2020-00014-00, Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento (folios 680 a 681).

Posteriormente, mediante email recibido el 27 de agosto hogaño¹⁰, dando alcance a la contestación de la presente acción, se informó que una vez emitida la lista de elegibles No. 20182230040585 de 2018, correspondiente al cargo Profesional Universitario Código: 2044, Grado 11, con funciones de Apoyo o Soporte en Centro Zonal, ofertado en la Convocatoria No. 433 de 2016, ubicación geográfica en la ciudad de Cali – Valle, el accionante Manuel Orlando Mena Zapata, se encuentra en estricto orden de mérito (posición 2), teniendo en cuenta el puntaje obtenido por cada aspirante.

Se informó también que, una vez verificada la planta global del ICBF, se evidenció que de 63 vacantes definitivas a nivel nacional, a 13 vacantes definitivas se les aplicó el Criterio Unificado por cumplir con todos los parámetros de “mismos empleos”.

Se relacionaron los empleos con vacantes definitivas para el empleo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11, con funciones de apoyo o soporte en centro zonal, bajo los mismos criterios (igual denominación, código, grado, asignación básica

¹⁰ Folios 711 a 712.

mensual, propósito, funciones) pero con diferente ubicación geográfica de la OPEC 39458 a la cual se presentó el accionante:

OPEC NUEVA EN SIMO	PLANTA REGIONAL ICBF	MUNICIPIO	DEPENDENCIA PLANTA ICBF	CARGO	CODIGO	GRADO	PROFESION	ESTADO EMPLEO	SERVIDOR PUBLICO	CORREO ELECTRONICO
S131581	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. CIUDAD BOLIVAR	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ADMINISTRATIVOS	ENCARGO	LINARES PINEDA SHIRLEY CAROLINA	SHIRLEY.LINARES@icbf.gov.co
S131580	VALLE	CALI	C.Z. SURORIENTAL	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ADMINISTRATIVOS	VACANTE		
S123984	RISARALDA	PEREIRA	C.Z. PEREIRA	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ADMINISTRATIVOS	VACANTE		

Igualmente, se informaron los empleos que se declararon desiertos mediante Resolución 20182230162004 del 04 de diciembre de 2018, los cuales no tuvieron elegibles que hayan superado dicho proceso.

OPEC CONV 433-16	NUEVA OPEC SIMO	REGIONAL	MUNICIPIO	DEPENDENCIA	CARGO	CODIGO	GRADO	ESTADO VACANTE	COD PROFESION	SERVIDOR PUBLICO	CORREO ELECTRONICO
39518	123823	CAUCA	POPAYAN	C.Z. POPAYAN	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	VACANTE	NUTRICION Y DIETETICA		
39519	123833	LA GUAJIRA	FONSECA	C.Z. FONSECA	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	VACANTE	NUTRICION Y DIETETICA		
39604	124028	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE REPRESENTACION JUDICIAL	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ENCARGO	DERECHO	GONZALEZ BUITRAGO JAVIER	Javier.Gonzalez@icbf.gov.co
39597	123883	VICHADA	PUERTO CARREÑO	C.Z. PUERTO CARREÑO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	PROVISORIAL - PREPENSIONADO	TRABAJO SOCIAL	RODRIGUEZ RODRIGUEZ TERESA	Teresa.Rodriguez@icbf.gov.co
39517	123824	CUNDINAMARCA	PACHO	C.Z. PACHO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	PROVISORIAL	NUTRICION Y DIETETICA	DIAZ LOZANO OTILIA BERENA	OTILIA.DIAZ@icbf.gov.co
39598	123935	SUCRE	SINCELEJO	GRUPO DE ASISTENCIA TECNICA	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	VACANTE	TRABAJO SOCIAL		
39543	123882	VALLE	BUGA	C.Z. BUGA	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ENCARGO	TRABAJO SOCIAL	BUITRAGO GARCIA GLORIA INES	Gloria.BuitragoG@icbf.gov.co

Finalmente, se indicaron las 10 vacantes creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 para el empleo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11, a las cuales no fue posible aplicar el criterio unificado, pues las mismas tenían Rol "Recaudo", y ubicación diferente a las ofertadas en las OPEC de la Convocatoria 433 de 2016.

OPEC NUEVA EN SIMO	REGIONAL	MUNICIPIO	DEPENDENCIA	CARGO	CODIGO	GRADO	ROL	NOMBRE SERVIDORES	ESTADO EMPLEO	RETEN SOCIAL	CORREO ELECTRONICO
S123976	CUNDINAMARCA	BOGOTA	GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	VACANTE	VACANTE		
S124003	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	GARCIA GUATAMA CLAUDIA PATRICIA	PROVISORIAL	MADRE CABEZA DE FAMILIA	Claudia.GarciaG@icbf.gov.co
S124003	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	VACANTE	VACANTE		
S124003	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	ÑUNGO CASTILLO EDGAR	ENCARGO		Edgar.Nungo@icbf.gov.co
S124004	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE PLANEACION Y SEGUIMIENTO FINANCIERO Y DE GESTION	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	DIAZ PAJARO ANGELICA ISABEL	ENCARGO		Angelica.Diaz@icbf.gov.co
S124008	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE PRESUPUESTO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	FORERO ROSA MARIA	ENCARGO		RosaM.Forero@icbf.gov.co
S124009	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE RECAUDO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	BARROS SIERRA JAIRO ALBERTO	PROVISORIAL	PREPENSIONADO	Jairo.Barros@icbf.gov.co
S124009	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE RECAUDO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	MENDOZA CAMACHO ANGELA MARIA	PROVISORIAL	MADRE CABEZA DE FAMILIA	Angela.Mendoza@icbf.gov.co
S124010	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE TESORERIA	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	ARISTIZABAL RODRIGUEZ BLANCA ROCIO	ENCARGO		Blanca.Aristizabal@icbf.gov.co
S124010	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE TESORERIA	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RECAUDO	SALAS ACOSTA CIBELES MARIA	ENCARGO		Cibeles.Salas@icbf.gov.co

4.3. Los vinculados (terceros intervinientes) que participaron en la Convocatoria No. 433 de 2016 mediante la cual se invitó a concurso abierto de méritos con el fin de proveer en forma definitiva los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

La señora Gloria Patricia Buitrago González mediante correo electrónico allegado el 27 de agosto hogaño¹¹, actuando en nombre propio y en calidad de participante de la Convocatoria No. 433 de 2016, manifestó su interés en participar en el desarrollo de la presente acción, dado que en su sentir, se puede ver afectada en la decisión que se llegare a adoptar.

Al respecto, allegó derecho de petición dirigido al ICBF¹², mediante el cual solicitó la unificación de la lista de elegibles, pues en su sentir "(...) se está realizando nombramiento al arbitrio y discrecionalidad del nominador, sin respetar la lista de elegibles resultado del concurso de la Convocatoria 433 de 2016".

¹¹ Folio 682.

¹² Folios 683 a 690.

4.4. Los vinculados (terceros intervinientes) que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de Profesional Universitario Código 2044, grado 11 de la Convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

4.4.1. El señor Julio Cesar Garcés Cardona mediante correo electrónico allegado el 27 de agosto hogaño¹³, manifestó su interés en vincularse a la presente acción constitucional, dado que se presentó en la Convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF en la OPEC 39538, nivel Profesional, denominación: Profesional Universitario grado 11, Código 2044, total de vacantes, 1, puntaje: 75.90, quedando en el 2 puesto de la lista de elegibles.

Como documentos anexos aportó:

- Correo electrónico del 01 de junio de 2020, asunto: Respuesta derecho de petición (folios 692 a 693).
- Copia petición asunto: Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, de fecha 03 de marzo de 2020, suscrita por el señor Julio Cesar Garcés Cardona (folio 694).
- Copia Resolución No. CNSC – 20182020052665 del 22 de mayo de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39538, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”* (folios 695 a 698).
- Copia providencia del veintitrés (23) de junio de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Armenia – Quindío. Accionante: Julio Cesar Garcés Cardona, Accionados: CNSC e ICBF (folios 698 a 710).

4.4.2. El señor Felipe Chávez Coral mediante correo electrónico allegado el 31 de agosto hogaño¹⁴, manifestó su interés en vincularse a la presente acción constitucional, dado que aduce encontrarse en la lista de elegibles, vacante del empleo OPEC 39458, denominado: Profesional Universitario, Código: 2044, Grado: 11, Convocatoria 433 de 2016.

Aduce que se encuentra en el segundo lugar de la lista por recomposición.

¹³ Folio 691.

¹⁴ Folio 718 a 741.

Afirma que, su interés no se reduce al resultado del proceso, dado que es titular de los derechos que han sido vulnerados en el caso concreto por las accionadas CNSC e ICBF.

Frente a su caso particular, arguye que le correspondió el tercer lugar en la lista, con puntaje de 68.54, ahora el segundo por recomposición.

Informa que, pasó al segundo lugar de la lista en razón a la recomposición automática que trata el art. 63 de los Acuerdos de la Convocatoria 433 de 2016.

Adujo que, el 06 de agosto de 2020, la CNSC expidió complementación al criterio unificado “*Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019*”, del 16 de enero de 2020.

Precisó también que, es padre de una niña menor de edad, que depende completamente de él, quien se ha visto afectada indirectamente por el actuar del ICBF y la CNSC.

Reclama, las mismas pretensiones del escrito tutelar primigenio.

Como documentos anexos aportó:

- Scaner cédula de ciudadanía del señor Felipe Ernesto Chávez Coral (folio 733).
- Copia Acuerdo No. CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018 “*Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC N. 29458, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF*” (folios 734 a 736).
- Copia respuesta petición 1761744090 del 29 de enero de 2020, solicitud de nombramiento de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019, dirigida al señor Felipe Ernesto Chávez Coral (folios 737 a 739).
- Copia registro civil de nacimiento No. 35598683 (folio 740).

4.5. Los vinculados (terceros intervinientes) funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos dentro de la Convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, y que han sido

provistos en provisionalidad – Profesional Universitario Código 2044, grado 11.

Guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La acción de tutela es un mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución Nacional, a través del cual toda persona puede solicitar el amparo de sus derechos fundamentales. Ante la importancia del objeto que protege, es una acción que se tramita de forma preferente y sumaria. Su naturaleza excepcional implica que sólo se debe acudir a ella cuando se reúnen estrictos requisitos de procedencia, para evitar que el juez constitucional invada órbitas propias de la jurisdicción ordinaria, y para que los asuntos que resuelve sean esencialmente de derechos fundamentales.

Dentro de los requisitos de procedencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado, entre otros asuntos, acerca de contra quién se puede interponer la acción de tutela, cuáles asuntos puede resolver por su conducto y cuáles son las circunstancias específicas del accionante que convierten en procedente la presente acción de amparo.

La Constitución Política, establece que la acción de tutela se puede interponer contra la acción u omisión de cualquier autoridad pública que amenace o dañe derechos fundamentales; también señala la ley cuándo es procedente la acción de tutela por la afectación de derechos fundamentales que provenga de particulares, en razón del servicio público que prestan, o su acción contraria al interés colectivo o a los derechos de quienes se encuentran en estado de indefensión o subordinación.

5.1. Competencia

Por la calidad de las entidades accionadas, y por el lugar donde presuntamente ocurre la violación o la amenaza que motivan la solicitud, radica en este Despacho la competencia para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad en lo contemplado en el Decreto 2591 de 1991.

5.2. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes planteados corresponde a esta Juez constitucional establecer, en un primer momento **(i)** si el amparo constitucional interpuesto por el señor Manuel Orlando Mena Zapata resulta procedente; en el evento en que sea superado el examen de procedibilidad, es preciso resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales al debido proceso, petición, principio de buena fé, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de méritos del señor Manuel Orlando Mena Zapata, como integrante de la lista de elegibles conformada mediante Resolución 20182230040585 del 26 de abril de 2018 para el cargo de Profesional Universitario identificado con OPEC 2044, grado 11 correspondiente a la Convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al no hacer uso de la lista de elegibles en la que se encuentra inscrito, bajo el argumento que el cargo para el cual éste concursó, no cumple con todos los requisitos establecidos en el Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, específicamente el de ubicación geográfica, pues de los cargos que actualmente se encuentran vacantes a nivel nacional, ninguno se halla en la Regional Cali – Valle del Cauca, sede para la cual concursó?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta operadora judicial cimentará la decisión en lo que la Jurisprudencia Constitucional ha decantado en relación al **(i)** la procedencia excepcional de la acción de tutela en tratándose de concurso de méritos; para finalmente, entrar a analizar **(ii)** el caso concreto.

5.3. Cuestión previa: Actuación de las intervinientes dentro de la presente acción de amparo constitucional

En el caso de marras, el Despacho observa que los señores Gloria Patricia Buitrago González, Julio Cesar Garcés Cardona y Felipe Chávez Coral, vinculados al presente trámite constitucional de manera oficiosa, dado que también participaron en la Convocatoria No. 433 de 2016, aprovecharon su intervención para aseverar que las entidades aquí accionadas también vulneran sus derechos fundamentales.

En tal sentido, del derecho de petición arrimado a la foliatura por la señora Gloria Patricia Buitrago González elevado el 12 de agosto hogaño ante el ICBF¹⁵, se tiene que manifestó que se inscribió para optar por la vacante del empleo identificado con el código OPEC No. 39538, Nivel Profesional, Denominación: Profesional Universitario, grado 11, Código 2044 y, que mediante la Resolución No. CNSC – 20182020052665 del 22 de mayo de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer dicho cargo, ocupando el tercer puesto, obteniendo un puntaje de 75.30.

Por su parte, respecto del señor Julio Cesar Garcés Cardona¹⁶ se tiene que se presentó en la Convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF en la OPEC 39538, nivel Profesional, denominación: Profesional Universitario grado 11, Código 2044, total de vacantes, 1, puntaje: 75.90, quedando en el 2 puesto de la lista de elegibles.

Finalmente, El señor Felipe Chávez Coral¹⁷, manifestó su interés en vincularse a la presente acción constitucional, dado que aduce encontrarse en la lista de elegibles, vacante del empleo OPEC 39458, denominado: Profesional Universitario, Código: 2044, Grado: 11, Convocatoria 433 de 2016.

Aduce que se encuentra en el segundo lugar de la lista por recomposición, y que, su interés no se reduce al resultado del proceso, dado que es titular de los derechos que han sido vulnerados en el caso concreto por las accionadas CNSC e ICBF.

Frente a su caso particular, arguye que le correspondió el tercer lugar en la lista, con puntaje de 68.54, ahora el segundo por recomposición; sin embargo que, pasó al segundo lugar de la lista en razón a la recomposición automática que trata el art. 63 de los Acuerdos de la Convocatoria 433 de 2016.

Adujo que, el 06 de agosto de 2020, la CNSC expidió complementación al criterio unificado *“Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”*, del 16 de enero de 2020.

Precisó también que, es padre de una niña menor de edad, que depende completamente de él, quien se ha visto afectada indirectamente por el actuar del ICBF y la CNSC.

Reclama entonces, las mismas pretensiones del escrito tutelar primigenio.

¹⁵ Folios 683 a 690.

¹⁶ Folio 691.

¹⁷ Folio 718 a 741.

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en párrafos anteriores, que motivaron tanto a la señora Gloria Patricia Buitrago González como a los señores Julio Cesar Garcés Cardona y Felipe Ernesto Chávez Coral a intervenir en la presente acción constitucional, es claro que los mismos no están dirigidos a coadyuvar la petición del aquí accionante Manuel Orlando Mena Zapata.

Así las cosas, en el *sub lite* es dable afirmar que los intervinientes en cita no sostienen las razones de un derecho ajeno, sino que por el contrario realizan intervenciones con el objetivo de presentar sus propias pretensiones, dado que las mismas son totalmente ajenas al contenido del caso que aquí se debate, teniendo en cuenta los hechos y las pretensiones de quien promueve la presente acción de tutela, esto es, el señor Mena Zapata.

Antes bien, se orientan a señalar la eventual vulneración de sus derechos fundamentales por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

Precisamente, en el trámite de la acción de tutela, el Decreto 2591 de 1991 prevé que los terceros intervinientes con interés legítimo actúan como coadyuvantes, en tal sentido, el artículo 13 de dicha normatividad dispone que: “(...) *quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud*”.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-269 de 2012, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, precisó:

*“Esto implica, en principio, que con independencia de la categoría particular dentro de la que pudieran ubicarse en razón de su interés en el proceso y del nombre que se les asigne dentro de los procesos ordinarios, **en la acción de tutela los terceros se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, y no promoviendo sus propias pretensiones**”.* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En el trámite de las acciones de tutela esta delimitación del papel de los terceros debe armonizarse con el principio de informalidad y de prevalencia de lo sustancial que rigen el proceso. Es por esto que una persona que no solicitó el amparo y que luego es vinculada a su trámite, bien por solicitud de las partes o por decisión oficiosa del juez, puede advertir que su interés no se reduce al resultado del proceso, sino que también es titular de los derechos que se ven vulnerados o amenazados en el caso concreto. Esto ocurre en virtud de los mismos hechos más o menos delimitados desde la instauración de la tutela, y porque es la misma persona o autoridad pública accionada quien con su conducta ha generado esta situación presentada al juez de tutela” (Subrayado fuera de texto).

En idéntico sentido el señor Chávez Coral, consignó en su escrito de intervención, que: “Esto implica, en principio, que con independencia de la categoría particular dentro de la que

podieran ubicarse en razón de su interés en el proceso y del nombre que se les asigne dentro de los procesos resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, y no promoviendo sus propias pretensiones¹⁸ (Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, ésta Funcionaria Judicial sólo abordará el problema jurídico derivado de los hechos narrados por el Señor Manuel Orlando Mena Zapata en la presente solicitud de amparo, y no las situaciones fácticas presuntamente acaecidas a la señora Gloria Patricia Buitrago González como a los señores Julio Cesar Garcés Cardona y Felipe Ernesto Chávez Coral, por las razones expuestas en precedencia; lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que respecto de la señora Buitrago González y el señor Garcés Cardona, la OPEC para la cual éstos concursaron es diferente a la del actor, pues éste último concursó para el empleo identificado con OPEC No. 39458, empero por su parte, la señora Buitrago González se inscribió para el empleo con OPEC No. 39538, y el señor Garcés Cardona para el empleo con OPEC No. 39538.

Lo anterior, además por cuanto en la misma sentencia T-269 de 2012 referenciada por el señor Chávez Coral, la Honorable Corte Constitucional precisó que: “(...) *la Corte es exigente en la verificación de las causales generales y específicas de procedencia de la acción, al punto que no entra a examinar los argumentos planteados en la tutela hasta tanto no compruebe que ha sido instaurada como un mecanismo subsidiario y excepcional, a través de esos requisitos genéricos. Pero este propósito también implica que el cumplimiento de los requisitos generales o formales solo pueda predicarse de quien (o quienes) instauraron la tutela y que esas calidades no sean transmisibles a otros intervinientes en la misma*” (Subrayado fuera de texto).

5.4. Cuestiones previas de procedibilidad

Conforme al mandato constitucional, este mecanismo privilegiado de protección debe cumplir con los requisitos de *legitimación en la causa*, que evalúa tanto la capacidad del accionante, como la del accionado, para acudir legítimamente al debate que tendrá lugar en el trámite de tutela; de *subsidiariedad*, en razón a que solo procede cuando se han agotado todos los medios de defensa por las vías judiciales ordinarias antes de acudir al juez de tutela, o cuando no existe medio judicial legalmente previsto para debatir el caso concreto; y de *inmediatez*, que exige que su interposición sea oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

¹⁸ Folio 720.

5.4.1. Legitimación por activa:

Los artículos 86 de la Constitución, 10 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han sostenido que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados, de tal forma que pueda presentarla por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre.

En sentencia T-1259 de 2008, que a su vez cita la sentencia T- 531 de 2002, la Corte señaló cuatro situaciones en las que se tiene legitimación en la causa por activa para el ejercicio de la acción:

“En este orden de ideas la Sala pasará a señalar las referidas posibilidades: (i) la del ejercicio directo de la acción. (ii) La de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) La de su ejercicio por medio de apoderado judicial (caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo). Y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso”.

En el presente caso, el señor Manuel Orlando Mena Zapata solicita en nombre propio la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, petición, principio de buena fé, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de méritos, circunstancia suficiente para acreditar el requisito de la legitimación por activa.

5.4.2. Legitimación por pasiva:

En desarrollo de los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991, la legitimidad en la causa por pasiva es la condición del sujeto contra quien se dirige la acción, de ser el llamado a responder por la presunta vulneración del derecho amenazado. Así las cosas, las entidades accionadas, esto es, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC se encuentran legitimadas como parte pasiva en el asunto que hoy nos ocupa, en la medida en que de una parte el ICBF es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado mediante 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; y específicamente en el *sub examine*, es la entidad participante para la cual se desarrolló el concurso de méritos, a fin de proveer las vacantes de los empleos del Sistema General de Carrera Administrativa de dicha entidad (*art. 3º Acuerdo No. CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016*).

De otro lado, la CNSC de conformidad a lo previsto en el art. 2º del Acuerdo 001 de 2004 modificado por el Acuerdo de la CNSC 139 de 2010, es un órgano constitucional,

autónomo e independiente de las ramas del poder público, de carácter permanente del nivel nacional, dotado de autonomía administrativa, personalidad jurídica y patrimonio propio; así pues para el asunto de marras, dicha entidad es quien, a petición del ICBF adelantó la Convocatoria para la provisión de los empleos arriba mencionados; por lo tanto, fue la entidad responsable de adelantar todo el proceso de selección dentro de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF ((art. 2º Acuerdo No. CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016).

De cara a los dos requisitos faltantes por analizar, es preciso recalcar que la jurisprudencia ha ahondado en la necesidad de verificar los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, en forma previa a efectuar cualquier otra consideración sobre el fondo del caso debatido, toda vez que ellos se erigen en requisitos esenciales del mecanismo, que definen si se está en presencia de una materia susceptible de protección tutelar, de ahí que ha insistido en que a falta de cualquiera de las aludidas exigencias debe negarse la petición de amparo (CSJ STC, 3 de marzo de 2011 rad. 00329-00, STC 507-2016 rad. 00026-00, STC 1851-2016 rad. 00282-00, STC 12286-2016 rad. 00560-01).

5.4.3. Subsidiariedad:

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contenciosa administrativa; en virtud de ello, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció las causales por las cuales resulta improcedente el presente amparo constitucional, entre ellas, cuando se dirija contra actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Sin embargo, la Corte Constitucional también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: **(i)** cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y, **(ii)** cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-682 de 2017 analizó la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección del derecho de petición, y al respecto precisó:

“(...) que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela, de modo que quien resulte afectado por la vulneración a este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo

ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a su derecho de petición no ocurrió, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a la acción de amparo constitucional” (Sentencia T – 682 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

En el *sub judice*, sólo frente a las peticiones elevadas por el accionante ante el ICBF se evidencia que la presente acción de tutela, es el único mecanismo disponible para satisfacer una de sus pretensiones; así pues, resulta imperioso concluir que la misma está llamada a proceder en términos de subsidiariedad frente al derecho de petición que invoca el señor Manuel Orlando Mena Zapata; dado que, como ya se dijo, es el único mecanismo idóneo y eficaz para proteger tal prerrogativa fundamental.

Sin embargo, respecto a los demás derechos fundamentales invocados por el aquí actor, es preciso indicar que la Corte Constitucional también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: **(i)** cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y, **(ii)** cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia SU-913 de 2009 analizó la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, y al respecto precisó:

“(...) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aún existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto”, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.

Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular (Subrayado fuera de texto).

No obstante lo anterior, como la mencionada providencia fué proferida con anterioridad a la expedición de la Ley 1437 de 2011, se hace necesario analizar y determinar si con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo (CPACA), el mecanismo ordinario de protección de los derechos de los participantes en concursos de méritos, goza de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales invocados por el señor Manuel Orlando Mena Zapata.

El artículo 137 ejusdem dispone que *“toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (...)”*. Por su parte, el artículo 138 contempla que *“toda persona que se crea lesionada de un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho (...). Igualmente, podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo (...)”*.

Por su parte, el artículo 229 establece que *“(...) en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”*. Y el literal b) del numeral 4º del art. 231 consagra la procedencia de la suspensión provisional del acto administrativo, cuando *“existan serios motivos para considerar que de no otorgársele la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”*.

Con fundamento en la normatividad transcrita, se tiene que la presente acción de tutela resulta improcedente, debido a que existen otros mecanismos de defensa judicial como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que incluso se consagran medidas cautelares para propender por la protección de sus derechos fundamentales; lo anterior dado que, en el *sub lite*, el accionante versa en últimas su inconformidad sobre un derecho particular consignado en un acto administrativo, cual es, precisamente la Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, mediante la cual se revocó el artículo 4º de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 que, era la norma que regulaba precisamente sobre la consolidación de una lista general que sería usada, una vez se agotaran las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo.

Así pues, si la inconformidad del señor Mena Zapata fué inicialmente la Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, debió ejecutar las acciones que tenía a su alcance a fin controvertir dicho acto administrativo y buscar dejar en firme el

art. 4º de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018, norma que se itera, consagraba la posibilidad de que una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidaría una lista general que sería usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se podían cubrir con la lista territorial; sumado a que el ICBF reiteradamente en la contestación dada a la presente acción ha señalado que: “(...) para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, entre otras, a través de la OPEC (29458), NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, por no corresponder con los criterios de Perfil y ubicación geográfica, tal y como se explicó en el acápite fáctico de este pronunciamiento¹⁹”.

A su turno, ha de decirse que otros de los reproches formulados por el accionante recaen en: que el criterio unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020 incluyó, entre otros, el requisito de la ubicación geográfica por ser éste, uno de los ítems con los que se identifica el cargo para el que concursó la accionante OPEC 39458²⁰.

Al respecto, se precisa que si el señor Manuel Orlando tenía algún reproche frente a dicho Acto administrativo (Criterio Unificado del 16 de enero de 2020); debió, como se dijo en líneas precedentes, controvertir los mismos mediante los recursos ordinarios que tuvo a su alcance para tal fin, y no utilizar la acción de tutela como único mecanismo para perseguir sus propósitos.

Así las cosas, emerge claro que el presente mecanismo constitucional no es el único medio idóneo y eficaz que el actor tiene y/o tenía a su alcance para de ésta manera, obtener una solución a su controversia; aduciendo que la imposibilidad de acudir a los mecanismos previstos en la jurisdicción contencioso administrativa, es la “*onerosidad de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho*²¹”, la cual según lo dicho por las entidades accionadas, el derecho a ser nombrado en el cargo que persigue con la presente acción tutela, feneció con la pérdida de vigencia de la lista de elegibles de la cual hace parte, el pasado 16 de mayo de 2020²².

Con fundamento en lo anterior, es posible colegir que en el caso de marras no se cumple con la primera exigencia prevista para superar el requisito de subsidiariedad, esto es, que la persona afectada no cuente con mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y

¹⁹ Folio 492.

²⁰ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-433-icbf>

²¹ Folios 19 y 22.

²² Folios 469 y 488.

que goce con suficiente idoneidad para la protección de sus derechos fundamentales; pues como se analizó en precedencia, el aquí accionante cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir las decisiones adoptadas a lo largo del proceso de selección respecto de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, que considera le eran contrarias a sus intereses; y no dolerse de la misma pasado más de un año, y menos aún para hacer valer éste reproche vía tutela dado el carácter residual y subsidiario de ésta acción.

Si bien no desconoce ésta Sede Judicial, el precedente vertical sentado por la Honorable Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de éste Distrito Judicial, en sentencia de segunda instancia adiada treinta (30) de junio de 2020 M.P. Nelson Omar Meléndez Granados, al resolver, en principio, un asunto de similares contornos al que nos ocupa²³, en el que claramente se precisó que entratándose de concurso de méritos, la jurisprudencia del máximo órgano de cierre constitucional ha permitido el ejercicio de la acción de tutela, pese a existir otro mecanismo de defensa judicial, reseñando para tal fin la sentencia T-091 de 2018.

Lo cierto es que, a diferencia del caso analizado en dicha oportunidad por el Tribunal en mención, el asunto que actualmente ocupa la atención del Despacho, no resulta un caso análogo, dado que en estricto sentido no tiene idénticos supuestos fácticos, dadas las siguientes circunstancias:

i) La Señora Luz Mary Díaz García, radicó la acción de tutela el ocho (08) de mayo de 2020, cuando aún estaba vigente la lista de elegibles en la cual ésta se encontraba, pues la misma se extendía hasta el 05 de junio de 2020; circunstancia que no ocurre en el presente caso, pues en éste asunto la lista de elegibles que integra el accionante perdió su vigencia el pasado 16 de mayo de 2020.

En punto a lo expuesto, resulta necesario advertir que a contrario sensu de lo argüido por el accionante en el escrito tutelar, al referenciar la providencia proferida por el Consejo de Estado (radicado 2019-00730-01²⁴), en la que se señaló que:

“(...) en los concursos públicos de empleo, le corresponde a la entidad continuar depurando la lista hasta proveer todas las vacantes ofertadas con las personas que ostentaran mejor derecho. Se precisa que la expiración de la lista no constituye una justificación válida para abstenerse de proveer todas las vacantes ofertadas, cuando el interesado previamente ha solicitado su nombramiento antes del vencimiento de la lista para alguno de los cargos vacantes y además, admitir dicho razonamiento sería desconocer las finalidades de la carrera administrativa.

²³ Radicado: 54-518-31-12-002-2020-00033-01, Acta No. 016, Accionante: Luz Mary Díaz García, Accionado: CNSC e ICBF.

²⁴ Radicado: 25000-23-42-000-2019-00730-01 (AC), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

Lo cierto es que, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-319 de 2010 acogió el criterio según el cual:

*“(…) las listas de elegibles, **mientras estén vigentes**, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque (i) de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; y (ii) en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente”.*

Posición reiterada por dicha Corporación en sentencia SU-446 de 2011, donde se estableció que la lista de elegibles conformada como resultado de un proceso de selección, durante su vigencia, podrá ser utilizada únicamente para proveer los cargos que fueron expresamente ofertados en la convocatoria.

Al respecto, dijo entonces la Corte:

“Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados.

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias” (Subrayado fuera de texto).

De lo anterior emerge diáfano que, en el asunto bajo estudio lo que precisamente quiere significar dicho pronunciamiento, es que es posible que las listas de elegibles puedan ser extendidas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando, entre otras cosas, se trate de una lista que éste vigente; y esto es con lo que precisamente no cumple el Señor Mena Zapata dado que la vigencia de la lista de elegibles que conforma, feneció el 16 de mayo de 2020; esto es, tres meses antes de la interposición de la presente acción de tutela; lo cual marca el derrotero para afirmar que no se trata en estricto sentido de un caso análogo, por carecer de los mismos supuestos fácticos de la tutela Radicado: 54-518-31-12-002-2020-00033-01; pues cuando la Señora Luz Mary Díaz interpuso la acción de tutela, la lista de elegibles a la cual pertenecía no había perdido vigencia; y por tanto no sería posible que el asunto de marras tuviese la misma solución dada por el Superior en la Sentencia del 30 de junio de 2020, a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

Así pues, ésta Sede Judicial no desconoce la tesis expuesta por el Consejo de Estado, pero acata la línea jurisprudencial establecida por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, que es la que nos ocupa, por ser el precedente de ésta última Corporación, incluso mediante sentencia de Constitucionalidad (C-319 de 2010) y otra de Unificación (SU-446 de 2011), el que resulta ser vinculante para el caso que nos ocupa; máxime que a ésta Alta Corporación (Corte Constitucional) la Carta Política en el art. 241, le confió la guarda de la Integridad y supremacía de la Constitución; y de ahí que el precedente de la misma resulte prevalente sobre cualquier otro.

ii) La Señora Luz Mary Díaz García fue más diligente para acudir al amparo de la acción de tutela, pues acudió a la misma el 8 de mayo de 2020; sin embargo, el Señor Mena Zapata sólo recurrió a la presente acción hasta el pasado 21 de agosto hogaño; ello, pese a que la inconformidad de los dos, radica fundamentalmente en el Criterio Unificado adoptado por la CNSC desde el 16 de enero de 2020, que en su sentir, no les ha permitido ser nombrados, pues exige que, entre otras cosas, el empleo para el cual concursaron, se encuentre en la misma ubicación geográfica para la cual se inscribieron.

Lo anterior, bajo el entendido que, dicho actuar diligente debe contarse a partir del 16 de enero de 2020, fecha en la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil profirió el *“Criterio Unificado. Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019²⁵”*, según el cual *“(…) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC-, de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”, entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC²⁶”*; sin que para ello, resulte necesario tener en cuenta la Complementación 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, pues dicho concepto sólo complementó, en lo atinente a que *“mismos empleos”*, también hace referencia a *“mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC”*, que no es precisamente el reproche efectuado por el aquí accionante.

²⁵ Folios 475 a 477.

²⁶ Folio 477.

De manera que, la exigencia de la ubicación geográfica que, es en últimas lo que reprocha el actor, fué incluida desde el Criterio Unificado proferido por la CNSC desde el mes de enero de 2020.

Así las cosas, resulta claro que en el *sub lite* el Señor Manuel Orlando Mena Zapata sí pretende usar la presente acción de tutela como un medio para contrarrestar su omisión y desinterés en no acudir a los medios judiciales ordinarios que tuvo a su alcance; e inclusive como se vió al uso oportuno de la acción de tutela que nos ocupa.

iii) Y el tercer aspecto, que tampoco permite catalogar el caso de la señora Luz Mary Díaz García, análogo al que nos ocupa, es que del plenario se colige que la mencionada Señora Díaz García acudió en una sola oportunidad a la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales con ocasión de la Convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF; empero el Señor Mena Zapata en el mes de marzo hogaño, acudió a un resguardo similar, que correspondió por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento (radicado 2020-00014); en el cual se aceptó el desistimiento efectuado por el mismo accionante, mediante auto de fecha 21 de mayo de 2020 proferido por dicha Sede Judicial²⁷.

De lo anterior, refulge nítido que al presente asunto, no es posible aplicar las mismas reglas y menos aún el mismo análisis para solucionar el caso en concreto.

Por otra parte, frente a lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-315 de 1998²⁸, en el *sub lite* el aquí accionante no encuadra en ninguna de las excepciones señaladas por dicha Corporación, pues **i)** en primer lugar el señor Manuel Orlando, como se dijo, si cuenta con otro mecanismo distinto a la acción de tutela para defender eficazmente sus derechos, pues claramente se encuentra legitimado para impugnar los actos administrativos que consideran vulneran los mismos; en **ii)** segundo lugar, y atendido las circunstancias del caso que nos ocupa, claro se colige que la orden de amparo no deviene urgente y necesaria, que de no ampararse los derechos fundamentales que aquí se reclaman se afectaría irremediabilmente al actor, pues además de que la lista de elegibles en la cual se encuentra el accionante ya perdió su vigencia, como se verá en líneas posteriores, en éste caso no se acreditó ningún perjuicio irremediable, urgente e impostergable que esté próximo a ocurrirle al actor.

²⁷ Folios 500 a 501.

²⁸ Folios 23 y 24.

Por consiguiente, el presente resguardo constitucional evidentemente no cumple con el requisito de subsidiariedad.

De otra parte, de cara a la segunda exigencia relacionada con que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Ha de precisarse que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha exigido que para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, es necesario que el perjuicio se encuentre probado en el proceso, puesto que el Juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable (*Sentencia SU-995 de 1999, T-1155 de 2000 y T-290 de 2005*).

Al respecto, ha señalado el máximo órgano de cierre constitucional que:

“(...) no basta con afirmar que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión “ (Sentencias T-449 de 1998, T-1068 de 2000, T-290 de 2005, T-1059 de 2005, T-407 de 2005, T-1067 de 2007, T-472 de 2008, T-104 de 2009 y T-273 de 2009).

Igualmente esta Corporación ha precisado que los daños económicos por si solos no generan perjuicios irremediables desde el punto de vista constitucional. Solo de manera excepcional, ha reconocido que de ciertas controversias de carácter económico, pueden resultar vulnerados derechos fundamentales, y consecuentemente, generar perjuicios irremediables que harían procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio. Específicamente cuando además del daño económico se genera otro tipo de impacto que hace impostergable el recurso de amparo (SU-544 de 2001 y SU-219 de 2003).

Con fundamento en lo anterior, ha de señalarse que el Señor Manuel Orlando Mena Zapata no solicitó la presente acción de amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y menos aún allegó prueba si quiera sumaria de tal situación; lo anterior, pues pese haber manifestado en el escrito tutelar que tiene dos hijos menores de edad, que dependen completamente de él, y quienes se han visto afectados negativamente por el actuar del ICBF y la CNSC; además, que no cuenta con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de acciones judiciales extensas y onerosas; lo cierto es que, no se alegó y menos aún acreditó una presunta vulneración a su derecho al mínimo vital; máxime cuando los reproches que han afectado al actor para que no se hubiese efectuado su nombramiento en otras vacantes posteriores a las ofertadas en su convocatoria, datan desde el año 2018 como se explicó en precedencia; y finalmente desde el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020; tiempo desde el cual habría podido invocar la situación económica que ahora aduce; y sin embargo la tutela que nos ocupa sólo se presentó hasta el 21 de agosto de 2020²⁹.

²⁹ Fl. 420.

Lo anterior, sumado a que si consideraba el actor encontrarse ante un perjuicio irremediable, debió acudir a la acción de tutela, una vez la CNSC profirió el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 que limitó el uso de la lista de elegibles para los mismos empleos, concepto que incluía, entre otras exigencias, la misma ubicación geográfica. Ello, atendiendo a que la lista de elegibles de la cual hacía parte, según lo dicho al unísono por las entidades accionadas, venció el 16 de mayo de 2020 pues tenía dos (2) años de vigencia; y sin embargo sólo hasta el 21 de agosto de 2020, radicó la tutela que nos ocupa; luego tuvo a su disposición suficiente tiempo previo al vencimiento de la lista de elegibles de la cual hace parte, para haber ejercido las acciones ordinarias frente a los actos administrativos que consideraba lesionadores de sus derechos, entre otros, de acceso a un cargo público; y sin embargo no hizo uso de los mismos.

De manera que, dicha desidia ahora no podría tomarse para satisfacer el requisito de que se trate de un perjuicio irremediable, cuando no se hizo uso en tiempo de los medios ordinarios que tenía a su disposición para atacar los actos administrativos frente a los cuales tenía algún reproche; e incluso, insístase en gracia de discusión, desde el 15 de mayo de 2020, fecha en la cual aduce el actor radicó un tercer derecho de petición, mediante el que solicitó ser nombrado, y no recibió respuesta por parte de la entidad; y en todo caso, ni siquiera para haber interpuesto en tiempo la tutela que hoy ocupa la atención del Despacho.

Sin embargo fueron pasados aproximadamente siete (7³⁰) y (03) meses, repectivamente, luego de haber presentado los derecho de petición del 7 y 15 de mayo de 2020; que se instauró la presente acción tutelar, luego se infiere que en efecto no existe la irremediabilidad que se exige para que la tutela resulte procedente excepcionalmente, cuando menos como mecanismo transitorio, lo cual valga decir, tampoco se invocó.

Bajo los anteriores lineamientos, se determina que la petición de amparo involucra un conflicto de naturaleza jurídica que, como se vió, claramente no resulta de competencia del Juez constitucional.

En consideración a lo anteriormente planteado, se colige que la presente acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad frente a los derechos al debido proceso, petición, principio de buena fé, igualdad y acceso al empleo público tras

³⁰ Derecho de petición interpuesto por el actor el 7 de enero de 2020, y adicionado solicitando su nombramiento del 9 de enero de 2020.

concurso de méritos, por lo que antes de iniciar el examen de los temas de fondo, restaría por verificar si se satisface o no el principio de inmediatez.

5.4.4. Principio de inmediatez:

El principio de inmediatez, se predica en los casos en que la acción de tutela debe ser incoada dentro de un término razonable a partir del acaecimiento del hecho generador de la violación de los derechos fundamentales. De esta manera, la sentencia T-332 de 2015 se pronunció sobre el particular, así:

“El principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados.”

Al punto es ampliamente conocido, que pese a que la normatividad que regula el mecanismo tutelar no fija un término específico para su formulación; de acuerdo con los principios y criterios que lo gobiernan, relacionados con la urgencia, celeridad y eficacia (art. 3 del Decreto 2591 de 1991), se requiere que el interesado actúe tan pronto tenga ocurrencia del hecho generador, de la supuesta vulneración de los derechos aducidos.

En la presente acción de amparo, analizando el requisito de la inmediatez desde la expedición del Criterio unificado sobre el “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019” de fecha 16 de enero de 2020, fecha desde la cual, hasta el momento de interposición de la presente acción (21 de agosto de 2020³¹), transcurrieron aproximadamente 7 meses; por lo tanto, no se puede colegir que el señor Manuel Orlando Mena Zapata acudió al presente mecanismo en un término razonable, pues como se vió, dejó pasar siete (7) meses para acudir al mismo; sin que para tal omisión, se haya informado o se avizore alguna justificación.

Ahora bien, si se toma que contra dicho Acto Administrativo podía acudir en Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, cuya caducidad es de 4 meses, se tendría que no se cumple con la inmediatez, en tanto que si la misma lo afectaba en sus derechos por exigirse en ésta el requisito de la ubicación geográfica para la utilización de la lista de elegibles en las vacantes disponibles; no resulta aceptable que se hubiese esperado hasta casi³² el cumplimiento del término de caducidad de la acción en comento, para acudir a éste amparo residual; luego bajo la lupa de éstos dos escenarios, éste Despacho estima que no se encuentra acreditado el requisito de inmediatez dentro de la presente solicitud de amparo constitucional.

³¹ Folio 420.

³² Faltando 7 días hábiles.

De otro lado, resulta necesario iterar que en el caso de marras, si bien a simple vista pareciera ser un caso análogo al de la señora Luz Mary Díaz García decidido en segunda instancia por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de éste Distrito Judicial, mediante providencia que data del treinta (30) de junio de 2020 M.P. Nelson Omar Meléndez Granados; lo cierto es que, ello no es así, atendiendo a los siguientes 3 aspectos, a saber:

- a) En el caso de la señora Luz Mary Díaz García, la acción de tutela se interpuso el ocho (08) de mayo de 2020, fecha en la cual, aún se encontraba vigente la lista de elegibles en la cual esta se encontraba, pues la misma se extendía hasta el 05 de junio de 2020; situación que se insiste, no ocurre en el caso de marras, pues en el caso bajo análisis, la lista de elegibles que integra el accionante ya perdió su vigencia, pues dicho plazo feneció el pasado 16 de mayo de 2020.
- b) El actuar de la Señora Luz Mary Díaz García fue mucho más diligente frente a la interposición de la acción de tutela que el del señor Manuel Orlando Mena Zapata, pues la aludida Señora Díaz García incoó la misma el 8 de mayo de 2020; sin embargo, el señor Mena Zapata solo recurrió a la presente acción hasta el pasado 21 de agosto hogaño; ello, pese a que la inconformidad de los dos, radica fundamentalmente en el Criterio Unificado adoptado por la CNSC desde el 16 de enero de 2020, que en su sentir, no les ha permitido ser nombrados, pues exige que, entre otras cosas, el empleo para el cual concursaron, se encuentre en la misma ubicación geográfica para la cual se inscribieron.

Además, dicho actuar omisivo por parte del Señor Mena Zapata no encuentra justificación alguna, pues a contrario de acudir a la acción de tutela para defender sus propios derechos fundamentales y en procura de sus intereses particulares; se ha hecho parte en diferentes acciones constitucionales como tercero interviniente, coadyuvando las pretensiones de otros participantes de la Convocatoria No. 433 de 2016; tal es el caso de la tutela interpuesta por la señora Luz Mary Díaz García, en la cual adujo intervenir a fin de *“(...) colaborar para que se tutelen los derechos de la señora Luz Mary Díaz García”*.

Igualmente, la tutela radicado 2020-00041 tramitada por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pasto, Accionante: Andrés Mauricio

Jaramillo Vallejo, a la que se hizo parte “coadyuvando la petición de amparo constitucional presentada por el actor³³” (Fecha de providencia: 12 de mayo de 2020).

En idéntico sentido, en la acción de tutela radicado 2020-00002 decidida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Accionante: Luis Orlando Buitrago Sánchez, en la que se pronunció precisando que: “(...) debían ser amparados los derechos fundamentales del accionante, toda vez que las decisiones de las entidades accionadas trasgredían de manera flagrante sus garantías fundamentales; y aunque precisó no tener interés particular en esta acción constitucional, indicó que hacía parte de la lista de legibles para ocupar un cargo homólogo al del accionante en la ciudad de Cali, por lo que estimó que cualquier decisión en tal sentido podría ser trascendental para la protección de sus derechos³⁴.”(Fecha de providencia: 25 de junio de 2020).

Situación similar ocurre en la tutela radicado 2020-00079-00 tramitada por el Juzgado 55 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, Accionante: Manuel Fernando Duran Gutiérrez, en la que se consignó: “(...) solicitó que se le acepte como coadyuvante en la presente acción de tutela, por considerar que su caso es semejante al del accionante, debido a que se encuentra en la segunda posición de la lista de elegibles, cargo Profesional Universitario, identificado con OPEC 39458, Código 2044, Grado 11, ubicado en el municipio de Santiago de Cali – Valle del Cauca. Aclaró que, no busca que se tutelen sus derechos, sino que, se amparen los del accionante, por considerar que las actuaciones de las accionadas vulneran los derechos de los ciudadanos participantes de la Convocatoria N°. 433 de 2016 (...)”³⁵ (Fecha de providencia: 06 de mayo de 2020).

Y de igual manera, en la tutela radicado 2020-01727-00 decidida por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A, Accionante, Roberto Salazar Fernández, en la que se precisó: “El señor Manuel Orlando Mena Zapata, como tercero con interés al haber participado en la Convocatoria ICBF 433 de 2016, (...) solicitó que se negaran las pretensiones de la tutela y que esta Corporación se pronunciara de fondo sobre la relación de la Ley 1960 de 2019 y los criterios unificados expedidos por la CNSC el 1° de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020, para así establecer el uso de las listas de elegibles vigentes en vacantes creadas con posterioridad³⁶”. (Fecha de providencia: 19 de junio de 2020).

Así pues, se evidencia que el señor Mena Zapata coadyuvó los intereses de otros participantes de la Convocatoria No. 433 de 2016 que acudieron a la acción de tutela para reclamar la presunta vulneración de sus derechos fundamentales; empero,

³³ Folio 163.

³⁴ Folios 232 y 233.

³⁵ Folio 346.

³⁶ Folio 379.

omitió acudir en tiempo oportuno en la defensa de los propios, pues sólo interpuso la acción de tutela hasta el 21 de agosto hogaño.

- c) Y el tercer aspecto por el cual tampoco el presente asunto podría considerarse un caso análogo al de la Señora Luz Mary Díaz García, al cual debería aplicarse el mismo análisis y solución señalado por el Honorable Tribunal de éste Distrito Judicial frente al caso de la señora Díaz García; pues claro se vislumbra que ésta sólo acudió en una oportunidad a la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales con ocasión de la Convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF, y esto fué, el 8 de mayo de 2020; situación que no ocurre en el *sub lite*, pues en el caso de marras el ICBF precisó que *“El accionante tramitó la tutela 2020-14 ante el JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE CALI CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO y en dicha oportunidad desistió de la acción de tutela, luego de que por nulidad ordenada por el Superior el a quo se disponía dictar nuevamente sentencia³⁷”*.

Frente a lo anterior, del plenario se colige que el aquí accionante con anterioridad a la presente acción, esto es, en el mes de marzo del año en curso, acudió a un resguardo similar, que correspondió por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento (radicado 2020-00014); en el cual se aceptó el desistimiento de la acción de tutela mediante auto de fecha 21 de mayo de 2020 proferido por dicha Sede Judicial³⁸.

De cara a dicho desistimiento, no es posible determinar que exista cosa juzgada constitucional como lo aduce el Instituto accionado, pues ello es así, sólo cuando *“la Corte Constitucional adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria³⁹”*.

Por el contrario, la renuncia al trámite de amparo sólo afectó los intereses personales del señor Manuel Orlando Mena Zapata. Tal como así lo indicó la Honorable Corte Constitucional en Auto A-238 de 2015, M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado⁴⁰.

A más de lo anterior, tampoco podría pensarse que el caso del Señor Mena Zapata es similar a los arrimados como prueba por éste a la foliatura, pues se itera que en éstos la lista de elegibles en la que los accionante se encontraban, estaba vigente para la fecha

³⁷ Folio 495.

³⁸ Folios 500 a 501.

³⁹ Citado en sentencia T-272 de 2019. En el mismo sentido ver sentencia T-649 de 2011, T-280 de 2017 y T-217 de 2018.

⁴⁰ Al respecto se dijo: *“Además de lo expresado, la renuncia al trámite de amparo sólo afecta los intereses personales del señor Adalberto Enrique Mejía Pumarejo, razón por la cual resulta procedente su aceptación y así lo declarará esta Sala”*.

de interposición de la acción de tutela, e incluso en algunas para el momento en que se profirió la respectiva sentencia, como veremos:

- ✓ Jessica Lorena Reyes Contreras: Providencia de segunda instancia 18 de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Vigencia de la lista: a partir del 09 de junio de 2018, es decir, vencía el 09 de junio de 2020⁴¹.
- ✓ Luz Mary Díaz García: Providencia de segunda instancia 30 de junio de 2020 proferida por el Tribunal Superior de Pamplona. Vigencia de la lista: hasta el 05 de junio de 2020. Fecha de interposición de la acción: 8 de mayo de 2020.
- ✓ Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo Rodríguez y Yennifer Ruiz Gaitán: Providencia de segunda instancia 14 de abril de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. Vigencia de la lista: a partir del 31 de julio de 2018, es decir, vencía el 31 de julio de 2020⁴².
- ✓ Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo: Providencia de primera instancia 12 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pasto. Vigencia de la lista: 6 de junio de 2018, es decir, vencía el 6 de junio de 2020⁴³.
- ✓ Fabián Orlando Orjuela Ramírez: Providencia de primera instancia 5 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado 12 Administrativo Oral del Circuito de Tunja. Vigencia de la lista: Julio de 2018, es decir, vencía en el mes de julio de 2020⁴⁴.

Sentencia de segunda instancia del 12 de marzo de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.
- ✓ Luis Orlando Buitrago Sánchez: Providencia de segunda instancia 25 de junio de 2020 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo. Vigencia de la lista: Julio de 2018, es decir, vencía en el mes de julio de 2020⁴⁵.

⁴¹ Folio 83.

⁴² Hecho 2, folio 141.

⁴³ Párrafo 2, folio 159.

⁴⁴ Párrafo 2 folio 178.

⁴⁵ Párrafo 2 folio 228.

- ✓ Martha Lucia Perico Rico: Providencia de segunda instancia 10 de junio de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Vigencia de la lista: septiembre de 2018, es decir, vencía en el mes de septiembre de 2020⁴⁶.
- ✓ Luisa María Flórez Valencia: Providencia de segunda instancia 30 de abril de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Vigencia de la lista: junio de 2018, es decir, vencía en el mes de junio de 2020.
- ✓ Manuel Fernando Durán Gutiérrez: Providencia de primera instancia del 6 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado 55 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá. Vigencia de la lista: 27 de agosto de 2018, es decir, vencía el 27 de agosto de 2020.

Sentencia de segunda instancia del 16 de junio de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

- ✓ Carmenza Mesa Muñoz: Providencia de segunda instancia 23 de junio de 2020 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sección Cuarta de Decisión Laboral. Vigencia de la lista: 31 de julio de 2018, es decir, vencía el 31 de julio de 2020⁴⁷.

En atención a lo esgrimido en párrafos anteriores, ésta Funcionaria colige que la presente solicitud de amparo constitucional resulta improcedente para el amparo de los derechos al debido proceso, principio de buena fé, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de méritos, invocados como vulnerados en el marco de la Convocatoria No. 433 de 2016, en razón a que no se cumplen con los requisitos generales de procedibilidad, tales como la subsidiariedad, ni siquiera como mecanismo transitorio, al no configurarse la amenaza o riesgo de un perjuicio irremediable, así como tampoco el de inmediatez.

Lo cual no ocurre frente a la supuesta vulneración del derecho de petición, toda vez que alega el actor que el 15 de mayo de 2020 elevó petición ante el ICBF: *“(…) nunca fue respondido, nótese que solicité ser nombrado, en dos ocasiones anteriores también realicé dos derechos de petición, para ser más exactos los días 7 de enero de 2020 y 9 de enero de 2020, y no fueron respondidos dentro de los términos de Ley, en uno de esos derechos de petición de enero solicité ser nombrado con fundamento en la Ley 1960 de 2019⁴⁸”*.

⁴⁶ Párrafo 3, folio 288.

⁴⁷ Párrafo 1 Folio 395.

VI. CASO CONCRETO

6.1. Frente al derecho de petición

El señor Manuel Orlando Mena Zapata presenta acción de tutela para lograr la protección de, entre otros, su derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF más específicamente el Dr. John Fernando Guzmán Uparela, porque en su sentir, no se dió respuesta a las solicitudes elevadas el 15 de mayo de 2020 remitida al email atencionalciudadano@icbf.gov.co, así como las radicadas el 07 y 09 de enero de 2020⁴⁹.

De la primera de las peticiones en mención, se tiene que estaba encaminada a:

“(...) solicitar mi nombramiento por la convocatoria cuatro treinta y tres de dos mil diez y seis teniendo en cuenta lo establecido en el párrafo 4 de mi e-mail cuyo asunto es 2020051500A 001, teniendo presente mi lista⁵⁰”.

En el caso particular, de las pruebas arrimadas al expediente por la parte accionante, se tiene que de acuerdo con la normatividad aplicable a la materia, esto es, la Ley 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, como la petición del señor Manuel Orlando Mena Zapata persigue que el ICBF, en virtud de la Convocatoria No. 433 de 2016 efectuara su nombramiento en el cargo para el cual concursó; la misma, según lo contemplado en el artículo 14 de la Ley en cita, debió resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su presentación (15 de mayo de 2020), esto es, a más tardar el ocho (08) de junio de 2020.

Al respecto, dicha normatividad prevé lo siguiente:

“Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

⁴⁹ Folios 27 a 47.

⁵⁰ Folio 18.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

PARÁGRAFO. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.

Con fundamento en lo atrás expuesto, colige ésta Funcionaria Judicial que la entidad demandada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no emitió una respuesta oportuna al derecho de petición radicado por el actor dentro del término estipulado en la ley, esto es, 15 días hábiles, desde la fecha de radicación de la solicitud, que en el *sub lite*, se contabilizan a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la petición en la entidad, esto es, el 15 de mayo del año en curso⁵¹.

Aunado a lo anterior, y en aras de justificar la demora en la respuesta que debía darse al actor, no obra dentro de la foliatura comunicación alguna en la que ICBF antes del vencimiento del término señalado en la ley, expresara los motivos de la demora en emitir una respuesta de fondo, e igualmente señalara el plazo razonable en que se resolvería o daría respuesta a la petición.

En consecuencia, se tiene que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF con su actuar omisivo frente al derecho de petición radicado por el actor el pasado 15 de mayo de 2020 a través del email atencionalciudadano@icbf.gov.co, vulnera el derecho fundamental de petición del aquí accionante, y por lo tanto, resulta procedente amparar el mismo y ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, emita una respuesta de fondo, clara, completa, precisa y congruente con lo solicitado por el señor Manuel Orlando Mena Zapata mediante derecho de petición radicado el 15 de mayo de 2020⁵², la cual deberá ser puesta en conocimiento del petionario.

De otra parte, frente a las peticiones que aduce el actor radicó el 07⁵³ y 09 de enero hogaño⁵⁴, se tiene que las mismas estaban dirigidas a que:

“1. Se me informe cuales son los empleos que tienen las mismas funciones y grados, en todas las regionales de Colombia de Código 2044, Grado 11 y de funciones semejantes a las ofertadas en la OPEC 39458, nombrados después de haberse puesto en marcha la

⁵¹ Folios 17 y 18.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Folios 560 a 561.

⁵⁴ Folio 566.

convocatoria 433 de 2016.

2. ¿Cómo están conformados o distribuidos esos cargos teniendo en cuenta el tipo de contrato, es decir si son provisionales, o permanentes o que ostenten derechos de carrera administrativa?

3. De los empleos provistos después de la expedición de la resolución 7476 de 2017, y que tengan el mismo código 2044 Grado 11, con perfil financiero, ¿Cuáles están nombrados en provisionalidad, y cuantos están nombrados por encargo? Teniendo en cuenta que la planta del ICBF es Global, solicito que este listado se discrimine por regionales.

4. La aplicación inmediata y con efecto retrospectivo de la ley 1960 de 2019 en relación con los artículos 6 y 7 que ordenan lo siguiente:

Petición ante la cual, el ICBF el mismo 07 de enero de 2020 a través del email respuestasPQRS@icbf.gov.co remitido al correo momz.contador@gmail.com, asunto: Derecho de petición – Información y Orientación con Trámite SIM No. 1761719522 (Para consultas cite este número), informo:

“En atención a la solicitud de fecha 07 de enero de 2020, registrada con el número del asunto, mediante la cual indica, “derecho de petición”, con el presente nos permitimos informarle que: Una vez verificada la competencia para atender su solicitud, le confirmamos que la misma fue direccionada a la Dirección Gestión Humana del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), para el trámite correspondiente⁵⁵”.

Seguidamente, mediante comunicación de fecha 09 de enero hogaño⁵⁶, sin formular una nueva petición, sino simplemente dar alcance a la ya realizada, pues así se rotuló en el asunto de la misma (*“Derecho de petición 20200109 – Ampliación de lo expresado en la petición SIM No. 1761719522”*), solicitó:

“Ser nombrado en periodo de prueba para ocupar alguna de las plazas dentro de la planta global del ICBF que cumplan con las características similares al cargo de código 2044, grado 11, perfil financiero, que deberían ser provistas según lo establecido en ley 1960 de 2019”.

De las pruebas obrantes en el plenario se avizora que el 24 de enero de 2020 el Dr. John Fernando Guzmán Uparela en condición de Director de Gestión Humana (E) del ICBF⁵⁷ dió respuesta a la misma; por lo que se procederá a analizar si cumplen con las exigencias señaladas por la Jurisprudencia Constitucional, como se analizará:

1. Oportunidad.

Del estudio de la documental arrimada al plenario, se desprende que la petición fue

⁵⁵ Folios 562 y 263.

⁵⁶ Folio 566.

⁵⁷ Folios 497 a 499.

presentada por el aquí accionante ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF 7 de enero de 2020, y la respuesta fue emitida, por parte del ICBF el 24 del mismo mes y año⁵⁸.

Teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, se tiene que:

“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones.

Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. *Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.*

Con fundamento en lo atrás expuesto, colige ésta Funcionaria Judicial que el derecho de petición elevado por el aquí actor ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, debió responderse a más tardar el 28 de enero de 2020; por lo tanto, resulta claro que dicha entidad emitió una respuesta oportuna a dicha petición, dentro del término estipulado en la ley, esto es, 15 días hábiles, desde la fecha de interposición de la misma.

2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado.

Con relación al derecho de petición presentado, el aquí accionante pretendía que:

“1. Se me informe cuales son los empleos que tienen las mismas funciones y grados, en todas las regionales de Colombia de Código 2044, Grado 11 y de funciones semejantes a las ofertadas en la OPEC 39458, nombrados después de haberse puesto en marcha la convocatoria 433 de 2016.

⁵⁸ Folios 497 a 499.

2. ¿Cómo están conformados o distribuidos esos cargos teniendo en cuenta el tipo de contrato, es decir si son provisionales, o permanentes o que ostenten derechos de carrera administrativa?

3. De los empleos provistos después de la expedición de la resolución 7476 de 2017, y que tengan el mismo código 2044 Grado 11, con perfil financiero, ¿Cuáles están nombrados en provisionalidad, y cuantos están nombrados por encargo? Teniendo en cuenta que la planta del ICBF es Global, solicito que este listado se discrimine por regionales.

4. La aplicación inmediata y con efecto retrospectivo de la ley 1960 de 2019 en relación con los artículos 6 y 7 que ordenan lo siguiente:

Ser nombrado en periodo de prueba para ocupar alguna de las plazas dentro de la planta global del ICBF que cumplan con las características similares al cargo de código 2044, grado 11, perfil financiero, que deberían ser provistas según lo establecido en ley 1960 de 2019”.

Solicitudes ante las cuales, el ICBF manifestó lo siguiente:

En atención a la petición presentada mediante el Oficio No. SIM 1761719522 del 7 de enero de 2019, de manera atenta se procederá a dar respuesta a las solicitudes señaladas en el oficio:

- *“1. Se me informe cuales son los empleos que tienen las mismas funciones y grados, en todas las regiones de Colombia de Código 2044, Grado 11 y de funciones semejantes a las ofertadas en la OPEC 39458, nombrados después de haberse puesto en marcha la convocaría 433 de 2016.”- Sic-.*

Con relación a esta solicitud, nos permitimos informar que los empleos que tienen las mismas funciones y grados, para el empleo Profesional Universitario Código 2044, Grado 11 en relación con las ofertadas en la OPEC 39458, se encuentran ubicados en el Grupo de Gestión de Soporte, los cuales fueron provistos a través de la Convocatoria 433 de 2016.

- *“2.¿Cómo están conformados o distribuidos esos cargos teniendo en cuenta el tipo de contrato, es decir si son provisionales, o permanentes o que ostenten derechos de carrera administrativa?”- Sic-.*
- *“3. De los empleos provistos después de la expedición de la resolución 7476 de 2017, y que tengan el mismo código 2044 Grado 11, con perfil financiero, ¿Cuáles están nombrados en provisionalidad, y cuantos están nombrados por encargo? Teniendo en cuenta que la planta del ICBF es Global, que este listado se discrimine por regionales”- Sic-.*

De acuerdo a esta solicitud, nos permitimos informar que la Resolución 7476 de 2017 no corresponde a la distribución de los cargos provistos, sin embargo con el fin de dar respuesta de fondo a su solicitud, nos permitimos indicar los empleos de Profesional Universitario código 2044 grado 11 con el perfil financiero nombrados en provisionalidad y en encargo discriminado por regionales:

REGIONAL	ESTADO DE PROVISIÓN		TOTAL
	Encargo	Provisional	
Dirección General	6	3	9

Ahora, frente a la última solicitud, en el que requiere dar aplicabilidad a la ley 1960 de 2019 para proveer el empleo Profesional Universitario Código 2044 Grado 11, se da respuesta en los siguientes términos:

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC una vez agotadas las etapas de la Convocatoria 433 de 2016, conforme las listas de elegibles para cada uno de los empleos ofertados y declaró la firmeza de estas.

El ICBF dentro de los términos de Ley, efectuó los nombramientos en periodo de prueba, en atención con lo previsto en las normas que regulaban el proceso para la fecha en que se expidieron aquellos actos administrativos, es decir, Ley 909 de 2004, Acuerdo 562 de 2016 y Decreto 1894 de 2012.

En relación a la lista de elegibles, me permito informarle que la CNSC por medio de la Resolución N° 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 revocó el artículo cuarto que había sido incluido en las Resoluciones de conformación de las listas de elegibles al considerar que el mismo era contrario a la Constitución y la Ley.

La CNSC en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012; el artículo 62 del Acuerdo 201610000001376 del 5 de septiembre de 2016 y la Sentencia de Unificación SU-446 de 2011, estableció que las listas de elegibles conformadas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 *“solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004.”*

Con fundamento en lo anterior, el ICBF ha venido realizando a la fecha, la provisión de cada una de las vacantes que fueron ofertadas en la convocatoria 433 de 2016, en las diferentes OPEC,

haciendo estricto uso de las listas de elegibles, conforme las diferentes situaciones presentadas (No aceptación del nombramiento del elegible, no superación del periodo de prueba, retiro del elegible previo a la culminación del periodo de prueba).

Ahora bien, el día 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” en el que se dispuso:

“Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

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 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, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”.

En consideración con lo anterior, para dar cumplimiento de lo allí previsto, el ICBF debe adelantar unas acciones de carácter administrativo y financiero, en el que debe realizar la verificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio anterior (*igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,*) y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, pues recordemos que el ICBF se encuentra en el territorio nacional, situación que conlleva a realizar un análisis completo respecto de las diferentes variables que conforman el proceso, información que se remitirá a la CNSC, para que se pronuncie y con base a ello el ICBF procederá a realizar las acciones de carácter administrativo.

Cordialmente,


JOHN FERNANDO GUZMÁN UPARELA
Director de Gestión Humana (E)

De cara a lo anterior se tiene que, respecto de lo solicitado por el tutelante el ICBF no emitió una respuesta de fondo, completa y congruente con lo peticionado, sin que ello signifique necesariamente acceder a lo pretendido; pues de la respuesta en cita se tiene que frente a lo solicitado en el numeral 3º, no se discriminaron los cargos provistos en encargo o en provisionalidad por regionales, como lo solicitó el accionante.

Además, no se dió respuesta a lo pedido el 09 de enero de 2020, mediante la ampliación a la petición ya radicada el día 07 del mismo mes y año, relacionado con

“Ser nombrado en periodo de prueba para ocupar alguna de las plazas dentro de la planta global del ICBF que cumplan con las características similares al cargo de código 2044, grado 11, perfil financiero, que deberían ser provistas según lo establecido en ley 1960 de 2019”.

En tal sentido, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-099 de 2014, reiterada en la T-154 de 2017, precisó:

“Así, se ha advertido que se satisface este derecho cuando se emiten y reciben respuestas que abarcan en forma sustancial y resuelven, en lo procedente, la materia objeto de solicitud, independientemente del sentido, de manera que no puede entenderse vulnerado el derecho simplemente porque la contestación dada al peticionario dentro de los términos dispuestos sea negativa, pues si efectivamente atiende de fondo el asunto inquirido, se ha satisfecho tal derecho de petición.”

En consecuencia, se considera que el instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF vulneró el derecho fundamental de petición del actor, pues no emitió una respuesta de fondo, completa y congruente con lo pedido.

3. Ser puesta en conocimiento del peticionario.

Si bien de la comunicación suscrita por el Dr. Guzmán Uparela del ICBF, se tiene que la misma estaba dirigida al señor Manuel Orlando Mena Zapata, donde también se consignó el email monz.contador@gmail.com; lo cierto es que en la foliatura no obra prueba que la misma efectivamente se haya remitido de manera completa conforme a lo explicado en precedencia, a través de dicho correo electrónico; además que, de lo manifestado por dicha entidad en la respuesta ofrecida a la presente acción, tampoco es posible establecer si dicha respuesta, fué puesta en conocimiento del actor.

Como corolario de lo expuesto, resulta procedente tutelar el derecho de petición invocado el Señor Manuel Orlando Mena Zapata contra el ICBF, como se vió frente a las peticiones del 07 de enero y/o lo adicionado el 9 de enero de 2020, así como la solicitud del 15 de mayo de 2020.

En consecuencia, se tiene que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con su actuar omisivo frente a los derechos de petición radicados por el actora el pasado 07 de enero de 2020 adicionado el 09 de enero, y el del 15 de mayo de 2020, vulnera el derecho fundamental de petición del aquí accionante, y por lo tanto, resulta procedente amparar el mismo y ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, emita una respuesta de fondo, clara, completa, precisa y congruente con lo solicitado por el señor Manuel Orlando Mena Zapata mediante derechos de petición

radicados el 07 de enero adicionado el 09 de enero de 2020, y el del 15 de mayo de 2020, las cuales deberán ser puesta en conocimiento del peticionario.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Laboral Del Circuito de Oralidad de Pamplona, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

Resuelve

Primero: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional invocado por el Señor Manuel Orlando Mena Zapata, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, invocados como vulnerados con ocasión de la Convocatoria No 433 de 2016 - ICBF; por lo expuesto en la parte considerativa de ésta providencia.

Segundo: CONCEDER el amparo constitucional invocado por el Señor Manuel Orlando Mena Zapata respecto del derecho de petición, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, por lo expuesto en la parte motiva de ésta sentencia.

Tercero: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, emita una respuesta de fondo, clara, completa, precisa y congruente con lo solicitado por el señor Manuel Orlando Mena Zapata mediante derechos de petición radicados el 07 de enero y adicionado el 09 de enero del año en curso; así como el de fecha 15 de mayo de 2020; conforme a lo explicado en la parte motiva de ésta providencia, las cuales deberán ser puesta en conocimiento del peticionario.

Cuarto: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, **PUBLICAR** de manera inmediata, luego de la notificación que de ésta providencia se le haga a dichas entidades, en la página web de las mismas, el presente fallo de tutela, con el fin de notificar a los terceros interesados el resultado de éste trámite.

Quinto: En su oportunidad legal, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo PSCJA2011594 del 13 de julio de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. Déjense las constancias de rigor.

Notifíquese

La Juez,

Angélica María del Pilar Contreras Calderón

Firmado Por:

**ANGELICA MARIA DEL PILAR CONTRERAS CALDERON
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 CIVIL DEL CIRCUITO PAMPLONA**

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

Código de verificación:

404bc32b92a0395046ed85a06f0e4cf81d0b6cf5edc0e24d929dfa299d3e3926

Documento generado en 02/09/2020 05:41:22 p.m.