



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA-SGC

Bucaramanga,

TRES DE JULIO

DE DOS MIL DIECINUEVE

MEDIO DE CONTROL: TUTELA (Segunda Instancia)
RADICADO: 683793333003-2019-00131-01
DEMANDANTE: JOSE FERNANDO ANGEL PORRAS
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC
MAG. PONENTE: DR. RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO
TEMA: Procedencia excepcional de la tutela en asuntos donde medien actos administrativos proferidos al interior de un concurso de mérito

Procede la Sala a decidir la **IMPUGNACIÓN** interpuesta por la parte accionante contra la sentencia proferida el veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de San Gil.

I. LA ACCION (fl. 1-19)

A. HECHOS

En síntesis manifiesta el accionante que participó en la Convocatoria No. 433 de 2016 de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- para proveer el empleo Defensor de Familia, OPEC 34782, nivel profesional, código 2125, grado 17, ofertando para el Centro Zonal de San Gil dos (2) vacantes. Afirma que presentó y aprobó las diferentes etapas de la referida convocatoria, obteniendo un puntaje general de 73.62. El día 23 de julio de 2018, la CNSC publicó la lista de elegibles para la OPEC 34782, conformada mediante Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, la cual quedó en firme el 1º de agosto del mismo año y en la que ocupó el tercer puesto.

Conforme a la citada lista, se dio nombramiento y posesión a las personas que ocuparon los dos primeros lugares para el cargo de Defensor de Familia del Centro Zonal de San Gil, por cuanto se habían ofertado 2 vacantes, sin embargo, como es de público conocimiento, en dicho centro zonal existe 3 cargos de Defensor de Familia pero al momento de la convocatoria uno de ellos estaba ocupado en propiedad y por tanto no fue ofertado. Posteriormente su titular renunció, quedando en vacancia definitiva. Sobre este último aspecto advierte que mediante Resolución 910 del 21 de enero de 2019 se dispuso encargar a la Dra. Yaneth Benítez Vásquez en el empleo referido.

En vista de lo anterior, elevó derecho de petición ante el ICBF solicitando su nombramiento y posesión en periodo de prueba y posterior inclusión en carrera administrativa para la nueva vacante del empleo Defensor de Familia, Código 2125,

Grado 17, creado en el Centro Zonal San Gil de la Regional Santander, frente a lo cual obtuvo respuesta negativa calendada 28 de febrero de 2019, que a su vez fue confirmada mediante respuesta del 20 de marzo de 2019 que desató los recursos interpuestos.

Indica que acude a la acción de tutela a fin de que se protejan sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y al acceso a cargos públicos *"porque al existir una lista de elegibles vigente, la misma por razones meramente administrativos y/o procesales no se está utilizando para proveer el EMPLEO Defensor de Familia en el centro zonal de San Gil, que a la actualidad está en vacancia definitiva. De ninguna manera observo la improcedencia para efectuar mi nombramiento."*

B. PRETENSIONES

"Primera: Se amparen mis derechos fundamentales al ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 Constitucional), IGUALDAD (Art. 13 Constitucional), al trabajo, a la igualdad y a la legítima confianza por cuanto cambiaron las condiciones del concurso posterior a la ejecutoria de la lista de elegibles.

Segundo: Que en concordancia con lo anterior, se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL para que en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al fallo de tutela, REALICE las actuaciones pertinentes a fin de efectuara (sic) mi nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA 2125-7 que está en vacancia definitiva, ubicado en el Centro Zonal San Gil del ICBF, como consecuencia de la utilización de la lista de elegibles 34782 en la que estoy en primer lugar.

PRETENSION SUBSIDIARIA: Que de manera subsidiaria, y de estimar improcedente la pretensión primera, se de uso de la lista de elegibles OPEC 34782 en la cual ocupó el primer puesto, para proveer de manera provisional el cargo de defensor de familia 2125-7 que se encuentra en vacancia definitiva..."

II. INFORMES DE LAS ACCIONADAS

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- (fl. 49-52)

Concurre al trámite a través del Asesor Jurídico quien alega falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la CNSC y se pronuncia sobre los hechos de la tutela, advirtiendo que como quiera que para el empleo al cual se inscribió el accionante, se ofertaron dos vacantes, los aspirantes que adquirieron el derecho a ser nombrados en periodo de prueba para proveer los cargos fueron aquellos que ocuparon los primeros dos puestos en la lista de elegibles, mientras que el accionante ocupó la tercera posición. Refiere que el Decreto 1894 de 2012, compilado en el Decreto 1083 de 2015, vigente al momento de expedir el acuerdo de convocatoria, define el orden de provisión de los

empleos de carrera y dispone que si agotados dichos órdenes no fuere la provisión del empleo, deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Señala que la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-446 de 2011 analiza el tema del uso de las listas de elegibles para vacantes que no fueron ofertadas en un concurso y conforme a ello, concluye que al accionante no le asiste razón por cuanto no ocupó una posición meritosa para ser nombrado como consecuencia del concurso público de méritos convocado para proveer el empleo del nivel profesional denominado Defensor de Familia, con código OPEC 34782, Código 2125, Grado 17, pues se reitera que para este empleo solo se ofertaron dos vacantes, correspondiendo su nombramiento a los aspirantes que ocuparon los dos primeros lugares en la lista de elegibles.

De otra parte, refiere que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática frente al principio de subsidiariedad de la tutela, por cuanto si se está ante la existencia de un mecanismo jurídico ordinario, éste prima sobre la tutela, dado su carácter subsidiario y residual, por lo que en aras del respecto de las disposiciones legales y constitucionales, no puede el juez constitucional suplir ni evadir la competencia de los jueces ordinarios.

↓ INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF (fl. 69-71)

Concorre al trámite a través de la Jefe (E) de la Oficina Asesora Jurídica quien se pronuncia frente a los hechos de la tutela, manifestando que mediante Resolución No. 20182230073845 se conformó la lista de elegibles y el ICBF a través de la Resolución 10848 del 17 de agosto de 2018 efectuó los respectivos nombramientos en periodo de prueba de quienes ocuparon los dos primeros lugares. Que posteriormente la CNSC mediante Resolución No. 20182230156785 revocó la disposición contenida en el artículo cuarto de los 1187 actos administrativos contentivos de las listas de elegibles. En tal virtud, el uso de las listas de elegibles solo es aplicable respecto de la convocatoria en la que se hizo la oferta del empleo, luego no se puede hacer uso de listas para la provisión de empleos que no fueron ofertados en el correspondiente proceso de selección.

En el caso del accionante, precisa que el uso de la lista de elegibles conformada para la OPEC No. 34782 se destinó para proveer las dos vacantes ofertadas, no siendo procedente realizar uso de listas para proveer cargos que no fueron ofertados. Resalta que la vacante en el Centro Zonal San Gil a la que se refiere la tutela, no fue ofertada en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 debido a que ésta se generó con posterioridad al concurso de méritos. En consecuencia, dicha vacante no hizo parte de los cargos ofertados por la OPEC en la cual el accionante participó y deberá proveerse de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 909 de 2004.

Solicita se niegue el amparo constitucional deprecado por el señor José Fernando Ángel Porras ante la ausencia de vulneración a sus derechos fundamentales por parte del ICBF.

✦ **Yaneth Benítez Vásquez**

Se abstuvo de concurrir al trámite para pronunciarse sobre la demanda, pese a haber sido debidamente vinculada y notificada del auto admisorio de la tutela (fl. 46).

III. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA (fl. 91-94)

Proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de San Gil mediante la cual rechaza por improcedente el amparo constitucional invocado. Para la decisión anterior, luego de referirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la procedencia de la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos, el A Quo consideró que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela resulta improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que por su carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales, no es posible obviar los otros mecanismos de defensa con que cuenta el interesado.

Frente al caso concreto, advirtió que la parte actora tiene la obligación de probar la existencia de un perjuicio irremediable para desplazar transitoriamente a los medios ordinarios por la acción de tutela, frente a lo cual, el accionante señaló como perjuicio irremediable el vencimiento del término de vigencia de la lista de elegibles de la cual forma parte. Sobre este aspecto, considera el A quo que no resulta admisible que el único argumento para acreditar el perjuicio irremediable sea el vencimiento de la lista de elegibles, la cual cuenta con un término superior a un (1) año a la presente fecha, lapso durante el cual puede acudir a los medios ordinarios previstos ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues no en el plenario no se evidencia un daño actual, cierto, inminente, grave y que requiera la atención urgente del juez constitucional.

Por lo anterior, se abstuvo de analizar si las actuaciones administrativas y los actos administrativos expedidos por la CNSC y el ICBF se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico, como quiera que el legislador ha previsto de medios ordinarios para su enjuiciamiento (nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho) y al no acreditarse la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la tutela se torna improcedente.

IV. IMPUGNACIÓN (fl. 96-101)

Inconforme con la decisión anterior, el demandante presenta impugnación contra la misma señalando si se evidencia un perjuicio irremediable toda vez que en la actualidad se encuentra vinculado a la rama judicial de manera provisional, por lo que en cualquier momento los ciudadanos que se encuentren en lista de elegibles pueden optar el cargo que ocupa, trayendo como consecuencia su desvinculación laboral. Afirma que está a cargo de su núcleo familiar, teniendo que responder "mayoritariamente" por la economía

de su hogar conformado por 4 personas (padres y hermanos menores), así mismo, ayuda económicamente a su abuela Alcira Cáceres de Porras, quien actualmente padece de cáncer en los pulmones, enfermedad de alto costo. Por lo anterior, necesita la estabilidad laboral que puede ofrecer un cargo en carrera administrativa para ayudar “, en cierta forma, a hacer llevadera la difícil situación que estoy atravesando”.

De otra parte señala que el rechazo al mérito por parte del ICBF es evidente, por ende constituye un acto violatorio a los derechos de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, al trabajo y sobre todo un desmedro al artículo 125 constitucional. Reitera que concursó por un cargo de carrera, aprobó las diferentes etapas del concurso y como resultado está en lista de elegibles, por lo que se cuestiona por qué debe someterse a un prolongado y oneroso proceso judicial si lo que pretende es su nombramiento, “el derecho que tiene cada elegible”. Manifiesta que el proceso ordinario constituye un acto vulneratorio y retrasa el acceso al trabajo, el cual es imprescindible para subsistir.

V. CONSIDERACIONES

A. Competencia

Conforme a lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para conocer de la **impugnación** de las sentencias de tutela dictadas en primera instancia por los Juzgados Administrativos de su jurisdicción territorial.

B. Problema Jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos por el recurrente, el problema jurídico consiste en determinar si resulta procedente la acción de tutela interpuesta por el señor JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa, a la igualdad, al trabajo, entre otros, por la negativa de efectuar su **nombramiento y posesión en periodo de prueba** en el cargo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

C. Marco jurisprudencial aplicable al caso concreto.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “*sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. De ahí que la procedibilidad de la tutela está supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende, o, finalmente que se busque evitar la ocurrencia de

un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria¹.

La H. Corte Constitucional analizó el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos y en la sentencia SU-913 de 2009, hizo las siguientes precisiones:

“(...) 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 alternativo 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 y 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 particular².”

En este punto, ha de señalarse que la sentencia citada fue proferida con anterioridad a la expedición de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual resulta 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, como lo consideró el Juez de instancia.

Así las cosas, el artículo 137 ejusdem dispone que “(t)oda 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 “(t)oda persona que se crea lesionada en 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 (...)”.

¹ Sentencia T-441 de 2017.

² Sentencia T-175 de 1997.

A su turno, 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 artículo 231 consagra la procedencia de la suspensión provisional del acto administrativo, cuando “existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.

Con base en la normatividad expuesta, el Juez de primera instancia concluyó que la acción de tutela resultaba improcedente en el caso concreto, debido a que existían otros mecanismos de defensa judicial como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que incluso se consagran las medidas cautelares y medidas cautelares de urgencia, para propender por la protección de sus derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, la jurisprudencia constitucional ha precisado que existen, al menos, dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela en estos casos:³ (i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible.

En efecto, la H. Corte Constitucional⁴ ha advertido en asunto similares al que ahora es objeto de estudio, que la procedencia de la acción de tutela frente a actos proferidos con ocasión de un concurso de méritos, merece consideraciones especiales relacionadas con: (i) el escenario en el que se emite el acto que niega la designación, que corresponde a un concurso de méritos para la provisión de cargos públicos –artículo 125C.P.-; (ii) el estado del proceso en el que se emite el acto, pues se han agotado diversas etapas por las que transitaron los aspirantes y que, en el caso de quien ocupa el primer lugar (o como en el sub-judice de quien se encuentra en la lista de elegibles), se superaron de forma exitosa; (iii) la expectativa legítima sobre la designación de quien ocupa el primer lugar en el concurso de méritos; (iv) el impacto que se causa en el derecho a desempeñar un cargo público cuando la vigencia del nombramiento corresponde a periodos cortos e institucionales y (v) el impacto sobre el derecho a ser designado en un cargo público en los casos en los que las vigencias de las listas de elegibles son cortas.

³ Sentencia T-798 de 2013.

⁴ Ver entre otras: sentencia SU-133 de 1998, sentencia T-606 de 2010, sentencia T-156 de 2012, sentencia T-402 de 2012, sentencia SU-913 de 2009, línea jurisprudencia decantada en sentencia T-133 de 2016

Las referidas circunstancias, consideradas en múltiples oportunidades por la H. Corte Constitucional, han llevado a tener por cumplido el requisito de subsidiariedad en asuntos similares al que ahora es objeto de estudio, bajo el entendido que *“las acciones ordinarias con las que cuenta quien ocupó el primer puesto en el concurso de méritos no resultan idóneas para la protección de los derechos que pueden resultar afectados como consecuencia de la falta de designación en el cargo correspondiente”*.

De acuerdo con lo expuesto, considera la Sala que contrario a lo expuesto por el A Quo, en el sub-judice la acción de tutela sí resulta procedente, teniendo en cuenta que el accionante manifiesta que superó todas las pruebas y etapas del concurso de méritos regulado en la Convocatoria No. 433 de 2016 de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- y en razón a ello se encuentra en Lista de Elegibles en firme desde el 31 de julio de 2018⁵ y la cual tiene una vigencia de apenas dos (2) años, circunstancias que permiten concluir que los mecanismos judiciales ordinarios si bien son idóneos no son eficaces para salvaguardar sus derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, una vez superado el requisito de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala continuará con el análisis de fondo del caso concreto, para lo cual deberá determinar si la negativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF de efectuar el nombramiento y posesión en periodo de prueba del señor JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, conforme a la lista de elegibles dispuesta en la Resolución No. CNSC – 20182230073845 del 18 de julio de 2018, vulnera sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos, lo cual haga procedente el amparo constitucional que depreca.

D. Análisis del acervo probatorio y Caso concreto.

Para efectos de determinar si en el asunto sub-examine se encuentra acreditada la vulneración de los derechos fundamentales del señor JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS por parte de las accionadas INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, se procede a analizar el material probatorio allegado, respecto del cual se destaca lo siguiente:

- **Acuerdo No. CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016⁶** mediante el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, en cuyo Capítulo VI regula lo concerniente a la Lista de Elegibles y en relación con su firmeza dispuso:

⁵ Según reporte en la página web <http://gestion.cnsc.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml>

⁶ Fl. 72-85

ARTÍCULO 62°. FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. La firmeza de la lista de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55° del presente Acuerdo, o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.

Una vez en firme las listas de elegibles, la CNSC remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicará en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.

PARÁGRAFO: Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras éste se encuentre vigente.

ARTÍCULO 63°. RECOMPOSICIÓN DE LAS 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 estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 55° y 56° del presente Acuerdo.

ARTÍCULO 64°. VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza.

- **Resolución No. CNSC 20182230073845 del 18 de julio de 2018** (fl. 21-23) mediante la cual se conforma a lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, en la que el accionante JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS ocupa la posición 3. En el artículo cuarto de la citada resolución se dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO CUARTO.- 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”.

- **Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018** (fl. 54-66) mediante la CNSC **revoca** el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF por considerar que tal disposición “no se encuentra en consonancia con el Decreto 1894 de 2012, la reiterada jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional y el marco regulatorio fijado por el Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016... en particular, lo dispuesto en el artículo 62 *ibídem*”. Contra tal decisión no proceden recursos.

- **Respuesta a la solicitud** elevada por el señor JOSE FERNANDO ANGEL PORRAS, suscrita por el Director de Gestión Humana del ICBF (fl. 24-26), en la que se informa que la OPEC No. 34782 ofertó dos (2) vacantes para el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, cuya lista de elegibles fue publicada por la CNSC mediante Resolución No. CNSC 20182230073845 del 18 de julio de 2018, quedando habilitados veinte (20) elegibles, y, una vez verificado el estado de nombramientos y posesiones se evidenció

que los elegibles que ocuparon los primeros dos (2) lugares de la lista fueron nombrados y posesionados en las dos (2) vacantes ofertadas. En cuanto a la solicitud del uso de las listas, informa que mediante Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 se revocó el numeral cuarto de las resoluciones contentivas de las listas de elegibles y en ese sentido, el uso de listas de elegibles solo es aplicable respecto a la Convocatoria en la que se hizo la oferta del empleo, es decir, que no puede llevarse a cabo el uso de listas para la provisión de **empleos** que no fueron ofertados en el correspondiente proceso de selección. Por lo anterior, concluye que el uso de listas es aplicable únicamente para proveer las **vacantes** específicamente ofertadas y señaladas en el respectivo proceso de selección, por tanto, para el caso del aquí accionante, el uso de lista de elegibles conformada para la OPEC No. 34782 se destinó para proveer las dos (2) vacantes ofertadas sin constituirse una lista nacional para tal efecto.

- **Oficio de fecha 20 de marzo de 2019** suscrito por el Director de Gestión Humana del ICBF (fl. 30-33), en la que señala que no resulta procedente el recurso interpuesto contra la decisión anterior y reitera los argumentos expuestos en la misma.

- **Resolución No. 0310 del 21 de enero de 2019** (fl. 34-35) mediante la cual el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar resuelve **encargar** a la señora YANETH BENITEZ VASQUEZ en el empleo de carrera administrativa en vacancia definitiva con nomenclatura DEFENSOR DE FAMILIA 2125-17 (25040).

Analizado en conjunto el acervo probatorio allegado al expediente, considera la Sala que está debidamente acreditado que el señor JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS participó en la Convocatoria No. 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- superando todas las etapas del concurso de méritos y en razón de ello ocupó la posición 3 en la Lista de Elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC 20182230073845 del 18 de julio de 2018 para proveer 2 vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

Igualmente se probó que la citada Resolución No. CNSC 20182230073845 del 18 de julio de 2018 se encuentra en firme desde el pasado 31 de julio de 2018 y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015 dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su firmeza "*con base en los resultados del proceso de selección y en estricto orden de mérito, deberá producirse por parte del Nominador de la entidad, el nombramiento en periodo de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas.*".

En virtud de lo anterior, mediante Resolución No. 10848 del 17 de agosto de 2018⁷ se nombraron en periodo de prueba a los elegibles que ocuparon las dos primeras posiciones de la Resolución No. CNSC 20182230073845 del 18 de julio de 2018.

⁷ Según lo manifestado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF en su informe (fl. 69 Vto.)

De acuerdo con lo expuesto, se observa que en principio no le asistiría derecho al señor JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS de ser nombrado en el empleo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, toda vez que en la Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF sólo se ofertaron dos (2) vacantes para dicho empleo, las cuales fueron debidamente ocupadas por las personas que ocuparon las dos primeras posiciones en la Lista de Elegibles.

No obstante, con posterioridad se generó una vacante definitiva⁸ en el referido empleo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Centro Zonal ICBF de San Gil, el cual fue provisto, no con el uso de la lista de elegibles que se encontraba vigente, sino a través de la figura del encargo, conforme a lo señalado en la Resolución No. 0310 del 21 de enero de 2019.

Lo anterior por cuanto se consideró que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1894 de 2012, compilado en el Decreto 1083 de 2015, vigente al momento de expedir el acuerdo de convocatoria, se define el orden de provisión de los empleos de carrera y se dispone que si agotados dichos órdenes no fuere posible la provisión del empleo, deberá realizarse un proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Esta última actuación, en criterio de la Sala, no atiende a los principios fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, en especial lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política, toda vez que asume un criterio restrictivo y parcializado de la norma en comento, para proveer con el uso de la Lista de Elegibles que aún se encontraba vigente, una vacante adicional al empleo de carrera administrativa que fue ofertado en la Convocatoria No. 433 de 2016 en la que participó el aquí accionante.

En efecto, el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, que modifica el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005⁹, establece que la provisión definitiva de los empleos de carrera, debía efectuarse teniendo en cuenta el siguiente orden:

“7.1 Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2 Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3 Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

⁸ Según lo manifestado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF en su informe (fl. 70.)

⁹ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998

7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

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

Conforme a la disposición antes transcrita, concluye la Sala que al señor JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS sí le asiste derecho a ser nombrado y posesionado en periodo de prueba en la vacante adicional que se generó para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, atendiendo a que i) una vez nombradas y posesionadas las personas que ocuparon las primeras dos posiciones en la Lista de Elegibles, ésta sería objeto de recomposición conforme al artículo 63 del Acuerdo No. CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, lo que daría lugar a que el accionante ocupara la primera posición de la misma; ii) la tantas veces aludida lista de elegibles está vigente hasta el 30 de julio de 2020¹⁰.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la firmeza de la lista de elegibles crea en el demandante un derecho subjetivo, particular y concreto, que además se encuentra constitucionalmente protegido y que se circunscribe a ser nombrado en el cargo para el cual participó en el concurso de méritos y quedó en lista de elegibles, considera la Sala que el demandante JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS cuenta con un derecho adquirido a ser nombrado y posesionado en el cargo al cual concursó, en la medida en que participó en una convocatoria hecha por una entidad pública, superando todas y cada una de las etapas del concurso de méritos, y en razón de ello actualmente hace parte de una lista de elegibles que se encuentra debidamente en firme y vigente, todo lo cual hace viable acceder al amparo constitucional que se deprecia en la demanda.

Así las cosas, se revocará la sentencia impugnada y en su lugar se tutelarán los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos del señor JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS, en consecuencia, se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF que en el término máximo e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, efectúe los trámites administrativos necesarios para nombrarlo y posesionarlo en periodo de prueba en el empleo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Centro Zonal ICBF San Gil.

¹⁰ Según reporte en la página web <http://gestion.cnsc.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml>

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de San Gil. En consecuencia, **TUTELAR** los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos del señor JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF** que en el término máximo e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, efectúe los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba al señor JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS identificado con cedula de ciudadanía No. 1.100.963.638 de San Gil, en el empleo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Centro Zonal ICBF San Gil, conforme a la lista de elegibles establecida en la Resolución No. CNSC 20182230073845 del 18 de julio de 2018.

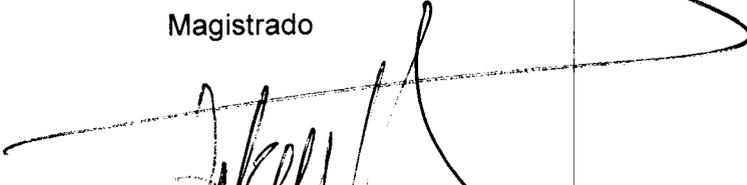
TERCERO. NOTIFICAR el presente fallo por el medio más expedito o en la forma señalada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

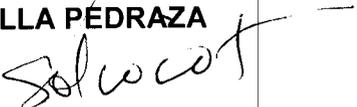
CUARTO. Ejecutoriada esta providencia, **REMÍTASE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión y librese oficio al Juzgado de origen informando lo aquí resuelto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en Sala según Acta No. 046 /2019


RAFAEL GUTIERREZ SOLANO
Magistrado


IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA
Magistrado


FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA
Magistrada 



REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

SALVAMENTO DE VOTO

ACCIÓN: TUTELA

RADICADO: 683793333003-2019-00131-01

ACCIONANTE: JOSE FERNANDO ANGEL PORRAS

ACCIONADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y CNSC
M.P. Dr RAFAEL GUTIERREZ SOLANO

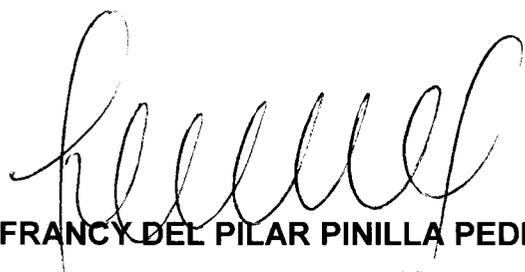
Con mi acostumbrado respeto me aparto de la posición mayoritaria considerando que si bien es cierto procede el estudio de fondo de la misma como fue manejado en la providencia de la cual disiento –procedencia de la tutela- no es posible acceder a lo pretendido ordenando el nombramiento en periodo de prueba avalando una lista de elegibles para un cargo que no fue ofertado en la convocatoria.

Las posibilidades que se presentan con fundamento en el artículo 1 del decreto 1894 de 2012 no recogen la situación del tutelista y el subrayado de la norma incluido el párrafo claramente señalan que el nombramiento que debe recaer en el primero de la lista es para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria en la entidad y las vacancias definitivas que se generen y que deben ser provistas con la lista de elegibles corresponden a los mismos empleos convocados, que luego del nombramiento de quienes estuvieran en orden preferencial, quedarán en situación de vacancia; No está obligada la administración a nombrar en cargos vacantes no ofertados aunque tengan la misma naturaleza de los ofrecidos en la convocatoria.

“Es importante señalar, entonces que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar

que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. ?

¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación. Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen...”¹



FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA

Magistrada

¹ Corte Constitucional. SU 913-11 diciembre de 2009. M.P. JUAN CARLOS HENAO PEREZ