

10400

Bogotá, D.C.

Doctora

CARMEN ELENA GUTIÉRREZ BUSTOS

Jueza

Juzgado Quinto Civil Del Circuito De Ejecución De Sentencias, De Bogotá

cserejecbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia: Contestación acción de tutela N° 11001340300520210021500

Accionantes: **ÁLVARO LEÓN FIGUEROA**

Accionados: Universidad Nacional de Colombia -Centro de Investigaciones para el desarrollo (CID), Departamento Administrativo de la Función Pública –DAF y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF

Respetada Jueza,

ELIANA MORENO ANGULO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.023.87.688 de Bogotá D.C, y portadora de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 278352 del Consejo Superior de la Judicatura, con fundamento en el poder otorgado por **EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.962.630 de Bogotá, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica según Resolución No. 8774 del 30 de septiembre de 2019 y Acta de Posesión No. 00204 del 1 de octubre de 2019, y en virtud de la delegación realizada mediante Resolución No. 1710 de 2004, por medio del presente escrito doy contestación a la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

I. CUESTIÓN PREVIA

Sea lo primero advertir que al presente trámite tutelar no se vinculó a la Gobernación del Departamento de Boyacá. Lo anterior, por cuanto el Doctor RAMIRO BARRAGÁN ADAME, en calidad de Gobernador de Boyacá, con oficio del 17 de septiembre de 2021, informó a la Directora General del Instituto, Doctora Lina María Arbeláez, que en cumplimiento de lo establecido en el Título 28 del Decreto 1083 de 2015, **la persona seleccionada para ocupar el cargo de Director Regional Boyacá es la Doctora Adriana del Pilar Camacho León.**

II. FRENTE A LOS HECHOS

La Dirección de Gestión Humana se permitió rendir informe con base en el cual se hace el pronunciamiento expreso sobre cada uno de ellos así:

PRIMERO: El ICBF adelanta la convocatoria BF/20 002 con el objeto de conformar la lista de la cual se seleccionará la terna para proveer el cargo de director regional Boyacá, en donde se establece que la prueba de conocimientos es eliminatoria y requiere un puntaje mínimo aprobatorio de 26 puntos.

Respuesta: Es cierto.

SEGUNDO: El día 23 de octubre de 2020 se realizó en la ciudad de Tunja la prueba de conocimientos específicos dentro de la convocatoria BF/20 002 Regional ICBF Boyacá y los resultados son publicados el día 03 de noviembre de 2020 por parte de la Universidad Nacional de Colombia – CID en la página del ICBF.

Respuesta: Es cierto.

TERCERO: El día 17 de diciembre de 2020 se publican nuevamente los resultados de la prueba de conocimientos específicos para la convocatoria BF/20 002 con una nota aclaratoria que señala: "... La Universidad Nacional de Colombia, garantizando el derecho a la defensa y contradicción de los concursantes respecto de la publicación de resultados de la prueba escrita de conocimientos aplicada el 23 de octubre de 2020, acató lo ordenado en fallo de tutela del 07 de diciembre de 2020 proferido por el Juzgado veintisiete de familia de Bogotá, y en consecuencia modifica los resultados publicados el 3 de noviembre de 2020..." (la única modificación consistió en que el concursante identificado con la cedula de ciudadanía No 23782019 que en la publicación del día 03 de noviembre de 2020 no superaba la prueba escrita; al acatar lo ordenado en el fallo de tutela y modificar el puntaje superaba la prueba escrita).

Respuesta: Es parcialmente cierto. Es cierto lo relacionado con la publicación de la nota aclaratoria. Las demás afirmaciones contenidas en este numeral no corresponden a la realidad, tal y como se le manifestó al accionante mediante radicaciones:

- 202112100000169561 del 30 de agosto de 2021.
- 202112100000182851 de 14 de agosto de 2021.

Es importante resaltar que el actuar del ICBF se rige por la Constitución, la ley y el cumplimiento a los fallos judiciales, en este caso, en sede de tutela.

CUARTO: El fallo de Tutela se profirió por el Juzgado 27 de Familia de Bogotá D. C. dentro de una acción constitucional promovida por una concursante de la Convocatoria BF/20 - 006 director regional Cundinamarca, dentro de la cual se vincularon solamente a algunos de los terceros interesados de esa convocatoria regional; sin embargo, de manera inadmisibles los efectos de este fallo se extendieron a los participantes de la Convocatoria BF/20 002 director regional Boyacá.

Respuesta: Es parcialmente cierto, efectivamente el fallo de tutela proferido dentro de la convocatoria de la Regional Cundinamarca vinculó a algunos terceros; sin embargo, la modificación de los resultados de la prueba de conocimientos no obedeció directamente al cumplimiento de la providencia emanada por el Juzgado Veintisiete de Familia de Bogotá del 07 de diciembre de 2020, sino a la obligación de la administración de garantizar los principios que rigen los procesos públicos (convocatorias) que se vieron amenazados una vez se identificaron inconsistencias en la formulación de algunas preguntas, hecho que se advirtió desde la publicación de la nota aclaratoria del 17 de diciembre de 2020, citada por el accionante.

QUINTO: El lunes 09 de agosto de 2021 a través de redes sociales tengo conocimiento de que el fallo de tutela proferido por el Juzgado (27) veintisiete de familia de Bogotá D. C. el día 7 de diciembre de 2020 por medio del cual se modificaron los resultados publicados el 3 de noviembre para la convocatoria BF/20 002 director regional Boyacá fue revocado por parte de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá D. C. a través de una sentencia calendada con fecha 5 de febrero de 2021 dentro del radicado No. 11001- 31-10-027-2020-00519-01.4

Respuesta: No nos consta, es un hecho que no corresponde al ICBF.

SEXTO: La providencia de segunda instancia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá D. C. no obstante haberse emitido el día 05 de febrero de 2021 fue notificada a las partes e intervinientes el día 28 de julio de 2021 por parte del Juzgado 27 de familia de Bogotá D. C., es decir medio año después de haber sido promulgada.

Respuesta: No nos consta.

SÉPTIMO: El día 10 de agosto de 2021 fue presentado Derecho de Petición al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, la Universidad Nacional de Colombia y el

Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP, solicitando la recomposición de la terna en cumplimiento a los términos de la convocatoria y al acatamiento del fallo de tutela de segunda instancia proferido por la sala de familia del Tribunal Superior de Bogotá D. C.

Respuesta: Es cierto, al derecho de petición se dio respuesta con la comunicación con número de radicado 202112100000169561 del 30 de agosto de 2021, donde se le aclaró cada uno de los puntos expuestos por el accionante.

OCTAVO: El día 11 de agosto de 2021 el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP Coordinador Grupo de apoyo a la meritocracia da respuesta al derecho de petición dando traslado de la petición al ICBF – Dirección de Gestión Humana; la Universidad Nacional de Colombia – Centro de investigaciones para el desarrollo CID a fecha 14 de septiembre de 2021 no ha dado respuesta al derecho de petición presentado ni a su reiteración.

Respuesta: En cuanto a la petición presentada ante el ICBF, se reitera la respuesta dada en el hecho anterior. Respecto a la petición presentada ante la Universidad Nacional, no nos consta.

NOVENO: El día 01 de septiembre a las 9:42 PM la Dirección de Gestión Humana del ICBF da respuesta al derecho de petición presentado el día 10 de agosto de 2021 señalando que:

(...) 2. La modificación de los resultados de la prueba de conocimientos no obedeció al cumplimiento de la providencia emanada por el juzgado veintisiete de familia de Bogotá del 07 de diciembre de 2020, sino a la identificación de inconsistencias en la formulación de algunas preguntas luego de las reclamaciones presentadas en los términos indicados en la convocatoria (...)

De acuerdo, con lo expuesto anteriormente. no es posible acceder a su petición de recomponer la terna dado que el desarrollo de la convocatoria BF/020-002 se ha dado conforme a la legislación vigente (...) Negrilla y subrayado fuera de texto

El único argumento con el que la Dirección de Gestión Humana del ICBF soporta la decisión de no acceder a la petición presentada, negándose a cumplir con el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá D.C. - Sala de Familia; no corresponde a la realidad y es absolutamente contradictoria pues desconoce lo afirmado expresamente en la Nota Aclaratoria - publicación de la modificación de resultados en la página de la entidad el día 17 de diciembre de 2020 cuando afirma de manera clara, inobjetable e incuestionable lo siguiente:

“...NOTA ACLARATORIA

La Universidad Nacional de Colombia, garantizando el derecho a la defensa y contradicción de los concursantes respecto de la publicación de resultados de la prueba escrita de conocimientos aplicada el 23 de octubre de 2020, acató lo ordenado en fallo de tutela del 07 de diciembre de 2020 proferido por el Juzgado veintisiete de familia de Bogotá, y en consecuencia modifica los resultados publicados el 3 de noviembre de 2020. Lo anterior en concordancia con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, garantizando el derecho al debido proceso y el acceso a cargos públicos de la convocatoria...” Negrilla y subrayado fuera de texto

En síntesis; cuando se modifican los resultados de la prueba de conocimiento específicos se afirma expresamente que esta *modificación se da como consecuencia del acatamiento a lo ordenado en fallo de tutela de primera instancia;* pero cuando se revoca el fallo y se exige el cumplimiento de la sentencia de segunda instancia; se afirma por el contrario y de manera discordante y contrapuesta que *la modificación no obedeció al cumplimiento del fallo de tutela sino a la identificación de inconsistencias en la formulación de algunas*

preguntas luego de las reclamaciones presentadas, cabe agregar que ninguna reclamación fue presentada por algún participante de la convocatoria BF/20 002 director regional Boyacá.

Respuesta: Es parcialmente cierto, efectivamente el ICBF dio respuesta a la petición elevada por el accionante informándole y argumentándole la improcedencia de su solicitud.

Las demás afirmaciones contenidas en este hecho corresponden a observaciones subjetivas por parte del accionante; este pretende que una vez identificadas las inconsistencias en la formulación de algunas preguntas por parte de la Universidad Nacional de Colombia, la administración haga caso omiso a estas y no se corrijan, lo que contraviene los principios constitucionales de los procesos públicos (convocatorias).

DÉCIMO: El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. – Sala de Familia el día 5 de febrero de 2021 revoco el fallo impugnado, negando el amparo deprecado por improcedente (*fallo tutela de primera instancia proferido por el juzgado 27 de familia de Bogotá D. C.*).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. al revocar el fallo de primera instancia dentro de un proceso de tutela bastante particular (*no se vincularon a terceros con interés legítimo ni a terceros determinados y determinables, el fallo de segunda instancia fue notificado a las partes e intervinientes medio año después de que fue proferido y el fallo de primera instancia extendió sus efectos a personas y terceros ajenos a su trámite*) dejó sin efectos el fallo objeto de apelación, esta decisión no fue acatada por el ICBF, el DAFP y la Universidad Nacional de Colombia.

En la publicación de fecha 17 de diciembre de 2020 que notifica la modificación de resultados de la prueba de conocimientos para la Regional Boyacá se afirma expresamente que: se acató lo ordenado en el fallo de tutela del 07 de diciembre de 2020 proferido por el juzgado 27 de familia y en consecuencia se modifican los resultados publicados el día 3 de noviembre de 2020, pero no se realiza ninguna publicación ni referencia respecto al fallo de tutela de segunda instancia que revoca el fallo impugnado.

Respuesta: Es cierto lo referido a los fallos proferidos en sede de tutela. Respecto a la publicación de la nota aclaratoria del 17 de diciembre de 2020 se precisa que el accionante omite mencionar que el ajuste se realizó teniendo en cuenta varios principios que rigen la gestión pública, situación que se indicó en la misma nota aclaratoria, así:

“(…) Lo anterior en concordancia con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, garantizando el derecho al debido proceso y al acceso a cargos públicos de la convocatoria.”

DÉCIMO PRIMERO: El día 07 de septiembre de 2021 se presenta incidente de desacato ante el juzgado 27 de familia de Bogotá D. C. sin que a la fecha se haya efectuado ningún pronunciamiento al respecto.

Respuesta: Mediante Auto del 27 de septiembre de 2021, notificado el 30 de septiembre del mismo año, el Juzgado 27 de Familia del Circuito de Bogotá decidió no abrir el incidente de desacato pretendido toda vez que la decisión de segunda instancia dejó sin efectos la orden proferida en primera, negando el amparo deprecado por considerarlo improcedente.

Se resalta que fue solo hasta esa fecha que se conoció el trámite incidental referido.

DÉCIMO SEGUNDO: De acuerdo con lo señalado en redes sociales e información entregada por parte de algunos funcionarios en el departamento de Boyacá el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar remitió la terna a la Gobernación de Boyacá desconociendo el trámite incidental que se

adelanta actualmente y el hecho de no dar respuesta de fondo a las peticiones presentadas en torno a la inclusión en la terna de una persona que no alcanzó el puntaje mínimo requerido en la prueba de conocimientos dentro del proceso de meritocracia.

Respuesta: Conforme se indicó en el numeral precedente, el Juzgado 27 de Familia del Circuito de Bogotá decidió no abrir el incidente de desacato pretendido, motivo por el cual el proceso de convocatoria sigue su normal desarrollo.

Se resalta que fue solo hasta esa fecha que se conoció el trámite incidental referido.

III. DE LA ACCIÓN DE TUTELA PROMOVIDA POR ANA LUCÍA VILLOTA ESCANDÓN, RADICADO 11001311002720200051901.

Frente a la acción constitucional que el actor manifiesta en el hecho cuarto del escrito de tutela se hacen las siguientes aclaraciones:

- a. En efecto la señora Ana Lucía Villota Escandón, quien participó en la "**Convocatoria BF/20-006**" correspondiente al cargo de **Director Regional Cundinamarca**, promovió acción de tutela contra el ICBF, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Universidad Nacional de Colombia, por cuanto consideró vulnerados sus derechos fundamentales de petición, acceso a la información, debido proceso, contradicción y defensa, ante la respuesta negativa de la Universidad Nacional de no dejarla acceder al cuadernillo de preguntas y clave de respuestas de la prueba de conocimientos practicada el 23 de octubre de 2020.
- b. En virtud de la mencionada acción constitucional, el Juzgado Veintisiete de Familia de Bogotá, con providencia del 7 de diciembre de 2020, ordenó:

*"TUTELAR los derechos fundamentales de acceso a la información, a la defensa y al debido proceso administrativo de la señora ANA LUCÍA VILLOTA ESCANDÓN y en consecuencia se ordena al **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Universidad Nacional de Colombia que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, de acuerdo con las competencias concurrentes que ostenten, procedan a autorizar la exhibición de los cuadernillos de preguntas y respuestas relacionados con la Convocatoria No. BF/20-006 del 28 de enero de 2020, permitiéndole a la accionante el acceso real a la información requerida, para lo cual podrá definir la fecha de la exhibición, las medidas de seguridad y medios necesarios para el cumplimiento de la orden**". (Negrilla fuera del texto)*

- c. Ante el mencionado fallo, el ICBF impugnó la decisión argumentando carencia actual de objeto por hecho superado, en la medida en que el día **11 de diciembre de 2020**, se llevó a cabo la diligencia de exhibición del material de la prueba escrita de conocimientos de la **Convocatoria BF/20-006, Director Regional Cundinamarca**.
- d. Con providencia del 5 de febrero de 2021, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala de Familia, resolvió revocar el fallo de primera instancia y negó por improcedente el amparo solicitado, en razón a que consideró que la accionante tenía a su alcance el recurso de insistencia.
- e. En tal contexto, debe resaltarse que el ICBF junto con la Universidad Nacional tenían la obligación de dar cumplimiento a la orden específica de "**autorizar la exhibición de los cuadernillos de preguntas y respuestas relacionados con la Convocatoria No. BF/20-006**" en el término establecido y en virtud de lo normado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por lo que frente al fallo de primera instancia ya se había dado cumplimiento.

Bajo este panorama, se resalta dentro de la etapa de la **prueba de conocimientos (6.1)** de todos los procesos de convocatoria para los cargos de Director Regional, se determinó que:

*“Frente a la publicación de resultados de la prueba de conocimientos, **proceden reclamaciones**, las cuales deberán interponerse de conformidad con lo previsto en la consideración adicional número 7 de esta Convocatoria”.*

Es por ello que, en virtud de las reclamaciones presentadas luego de la verificación del material de la prueba de conocimientos, la Universidad Nacional como encargada de la etapa de esa prueba, evidenció fallas técnicas en la formulación de algunas preguntas lo que dio lugar a la recalificación de los resultados en varias convocatorias **no solamente en la Regional Boyacá**.

Es decir, que la actuación desplegada pese a que fue conocida en cumplimiento de una providencia judicial, en estricto sentido obedeció a la evidencia de yerros técnicos en algunas de las preguntas. Así las cosas, se actuó fue en procura de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, debido proceso y el acceso a cargos públicos de todos los participantes y no en menoscabo de ellos como pretende hacerlo ver el actor.

Finalmente, debe destacarse que la variación de los resultados no se efectuó para favorecer a un participante en particular de la **Convocatoria BF/20-002 - Director Regional Boyacá ICBF**, sino a las actuaciones descritas anteriormente.

IV. CONSIDERACIONES

1. Reglas que determinan los requisitos mínimos que se deben acreditar para la procedencia de la acción de tutela.

La Corte Constitucional, en forma reiterada, ha establecido que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales cuando resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular¹. Asimismo, ha indicado que se debe dar cumplimiento a una serie de requisitos mínimos para que la acción de tutela resulte procedente. Estos requisitos tienen que ver con, (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) inmediatez; y (v) subsidiariedad.

Consecuente con ello a continuación, se argumentará que en el presente asunto no se cumplen los presupuestos de procedencia del trámite tutelar:

1.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Congruente con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, dispone que *“La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano **que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental**”* (Negrilla fuera del texto).

Es así que, en reiterados pronunciamientos la Corte Constitucional se ha determinado, que la legitimidad en la causa por pasiva en la acción de tutela es la determinación del **incumplimiento de las obligaciones jurídicas exigibles** respecto de quien se encuentra expresamente llamado por la ley a responder por ellas².

En el mismo sentido, ha señalado el máximo tribunal constitucional que *“para que la acción judicial se abra camino en términos de favorabilidad, es necesario que -además de que se cumplan otros requisitos- **exista una coincidencia de derecho entre el titular de la obligación pretendida y el sujeto frente a quien dicha conducta se reclama***. La incongruencia o falta de

¹ Ver Sentencias T-724 de 2004 y T-623 de 2005, reiteradas en la T-069 de 2015 y T-083 de 2016.

² (Ver Autos Auto 289/01 y Auto 115/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil entre otros)

identidad entre dichos sujetos, conduce usualmente al proferimiento de sentencias desestimatorias, las cuales, como es obvio, resultan altamente perjudiciales para el demandante”³

Del escrito de tutela se evidencia que la parte accionante invoca la vulneración de los derechos a causa de que se hubieran modificado los resultados de la prueba de conocimientos practicada el 23 de octubre de 2020.

Al respecto, es necesario aclarar que la prueba de conocimientos se encontraba a cargo de la Universidad Nacional, de conformidad con lo estipulado en el contrato interadministrativo 01010362019 de 2019. El objeto contractual con dicha universidad se circunscribió a la elaboración y estructuración de las pruebas de conocimientos aplicadas a los aspirantes a cargos de director regional.

Por tanto, en cabeza de dicha institución se encontraba la calificación y atención a las reclamaciones presentadas en torno a la prueba de intelectual. Es por ello que, luego de presentarse las solicitudes de verificación y en procura de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, debido proceso y acceso a cargos públicos, dicha entidad, en ejercicio de su autonomía, modificó los resultados publicados el 03 de noviembre para los cuestionarios que fueron afectados (no solamente en la Regional Boyacá) y expidió la nota aclaratoria del 17 de diciembre de 2020.

Se aclara que las preguntas de la prueba de conocimientos fueron aplicadas en seis (6) de las convocatorias públicas para la escogencia de director regional, por lo que en aras de propender por la efectividad material de los principios ya mencionados se variaron los resultados en relación con las preguntas que tenían falencias en su estructuración, en las siguientes convocatorias:

- i. Cundinamarca: BF20/006, [Alcance Resultados Prueba de Conocimientos Regional Cundinamarca](#), publicado el 17 de diciembre de 2020.
- ii. Boyacá: BF20/002, [Alcance Resultados Prueba de Conocimientos Regional Boyacá](#), publicado el 17 de diciembre de 2020.
- iii. Norte de Santander: BF20/009, [Alcance Resultados Prueba de Conocimientos Regional Norte de Santander](#), publicado el 17 de diciembre de 2020.
- iv. San Andrés: BF20/012, [Alcance Resultados Prueba de Conocimientos Regional San Andrés](#), publicado el 17 de diciembre de 2020.
- v. Casanare: BF20/003, [Alcance Resultados Prueba de Conocimientos Regional Casanare](#), publicado el 17 de diciembre de 2020.
- vi. Tolima: BF20/013, [Alcance Resultados Prueba de Conocimientos Regional Tolima](#), publicado el 17 de diciembre de 2020.

Bajo este panorama el ICBF no ha vulnerado las garantías fundamentales invocadas por el actor, por cuanto se itera, medió un contrato con una institución educativa para la elaboración de de la prueba, calificación y atención a las reclamaciones presentadas.

1.2. Improcedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio por cuanto no se acredita la ocurrencia de un perjuicio irremediable

La acción de tutela, utilizada como mecanismos transitorio, está condicionada, en cuanto a su procedencia a que los derechos fundamentales en cabeza de la parte actora estén siendo puestos en notable, grave e inminente peligro, de tal suerte que de no actuarse con la urgencia o inmediatez la situación causaría a aquél un perjuicio irremediable, no siendo, precisamente por esa circunstancia de apremio, idóneo ninguno de los medios judiciales o administrativos ordinarios que la ley o reglamento le otorga para defenderlos con la eficacia requerida y de esa manera conjurar tal amenaza.

³ (Auto 115/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil que citó el auto del 8 de marzo de 2001 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

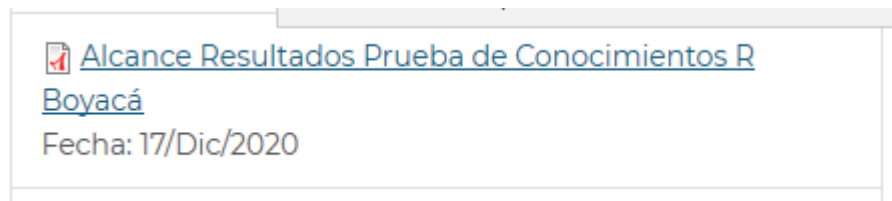
Por esto, la Corte Constitucional en sentencia T-188 de 2009, precisó:

“(…) 4. Existencia de un perjuicio irremediable.

Cuando la acción de tutela se interpone como **mecanismo transitorio**, es preciso demostrar que la misma es necesaria para **evitar un perjuicio irremediable**, y que según la jurisprudencia de esta Corporación el perjuicio que se pretende evitar debe ser: i) **inminente**, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) **grave**, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque se requieren **medidas urgentes** para conjurar el perjuicio irremediable; y iv) por la **impostergabilidad** de la tutela a fin de garantizar el restablecimiento integral del orden social justo (…)”.

Es claro entonces, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido el concepto de perjuicio irremediable para efectos de determinar cuándo es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, al punto de entenderse por tal perjuicio aquel que genera una situación fáctica que resulta **físicamente imposible de retrotraer o devolver**.

Bajo esa línea argumentativa es preciso anotar que, si bien en el presente asunto se aduce que se presenta la solicitud de tutela como “mecanismo transitorio”, para evitar un perjuicio irremediable, en modo alguno se precisó la forma cómo se materializaría tal perjuicio, máxime si se tiene en cuenta que **el alcance a los resultados de la prueba de conocimientos en el que se incluyó la NOTA ACLARATORIA que en reiteradas ocasiones menciona el actor, se publicó desde el 17 de diciembre de 2020**, tal y como se observa:



Es decir que el actor argumenta la vulneración a sus derechos pese a que conocía la modificación de los resultados de la prueba de conocimientos desde el año 2020.

Adicionalmente, se controvierte lo manifestado por el actor en el entendido de que “Se **INVALIDE** la modificación de los resultados de la prueba de conocimientos específicos publicada el día 17 de diciembre de 2020 dentro del proceso de convocatoria BF / 20-002 Regional ICBF Boyacá y en consecuencia se recomponga la terna remitida a la Gobernación de Boyacá con la inclusión de mi nombre” por cuanto el concurso de méritos para la escogencia de la terna que es remitida al respectivo gobernador para la escogencia de Director Regional, **no solamente comprende la prueba de conocimientos**, sino que están comprendidas diferentes pruebas que permiten la conformación de la terna, tal y como quedó establecido en el aviso de la convocatoria a saber:

6. PRUEBAS QUE SE APLICARÁN

No.	Clase de Prueba	Carácter de la Prueba	Puntaje Mínimo Aprobatorio	Acompañamiento Técnico	Puntaje prueba	Puntaje Mínimo Acumulado para ser citado a Entrevista
1	Conocimientos	Eliminatoria	26 puntos	Universidad Nacional de Colombia	40	52 puntos
2	Antecedentes	Clasificatoria		DAFP	20	
3	Competencias	Clasificatoria		DAFP	20	
4	Entrevista*	Clasificatoria		ICBF / DAFP	20	

* Para quienes al sumar los 3 resultados anteriores tengan un puntaje igual o mayor a 52 puntos

Así las cosas, se resalta al Despacho que las actuaciones adelantadas se han dado en el marco del aviso de la convocatoria en el que se reguló todo el proceso de meritocracia aplicable a la convocatoria BF20-002.

La deficiencia de no encontrarse acreditado el perjuicio irremediable, de entrada, impide a su Despacho considerar que el amparo constitucional invocado resulte procedente, máxime cuando en el expediente no se hallan pruebas o elementos de juicio que permitan inferir algún perjuicio en la gravedad sugerida en la jurisprudencia citada, por cuanto el actor alega la vulneración a sus derechos después de que cursó todas las etapas del concurso de méritos y no fue parte de la terna remitida a la Gobernación.

1.3. Improcedencia de la acción de tutela por cuanto no se supera el requisito de subsidiariedad

En cuanto al requisito de subsidiariedad, debe indicarse que la acción de tutela tiene vocación de prosperidad, cuando a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, comoquiera que el objeto de la acción constitucional no es suplantar los mecanismos ordinarios establecidos por el legislador.

Así las cosas, en el presente caso se evidencia que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para atacar actos administrativos que por su propia naturaleza se encuentran amparados por el principio de legalidad, partiendo del presupuesto de que la administración, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada. Así lo ha establecido la Corte Constitucional en numerosas sentencias a lo largo de su ejercicio jurisdiccional⁴.

La legalidad de un acto administrativo se presume y obliga a quien pretende controvertirlo a demostrar que aquel se apartó, sin justificación alguna del ordenamiento que regula su expedición, debate que corresponde a la órbita de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al momento de estudiar la posible anulación del acto de conformidad con las competencias dispuestas para tal efecto.

Como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, en las actuaciones de las autoridades públicas se presume la buena fe. Así, los actos expedidos en ejercicio de sus funciones por las autoridades administrativas nacen a la vida jurídica amparados tanto de la presunción de legalidad, como también de aquella según la cual todo comportamiento de las autoridades administrativas, se lleva a cabo en beneficio de la colectividad y sin ánimo de causar daño o perjuicio a alguno de los administrados.

Sobre esta materia la Corte Constitucional ha expresado en la sentencia T- 417 de 1996:

“La buena fe, que se presume en todas las relaciones entabladas entre los particulares y las autoridades públicas, exige más bien que la actividad pública se adelante en un clima de mutua confianza que permita a aquellos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración...”

Así las cosas, para desvirtuar la presunción de buena fe de las actuaciones administrativas, se debe acudir a los medios jurídicos propios, ante las autoridades judiciales, con los trámites previstos en la ley y aportando los medios probatorios conducentes y con el agotamiento de los recursos en sede administrativa o en las acciones judiciales.

⁴ Sentencias T-106 de 1993, T-983 de 2001, T-1222 de 2001, T-132 de 2006 y T-1048 de 2008, entre muchas otras.

Sin embargo, como se advirtió en el acápite de pronunciamiento frente a los hechos el ICBF contrario a lo afirmado por el actor actuó en cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales. Se precisa que la modificación de los resultados no obedeció directamente al cumplimiento de la providencia emanada por el Juzgado Veintisiete de Familia de Bogotá del 07 de diciembre de 2020, sino a la obligación de la administración de garantizar los principios que rigen los procesos públicos (convocatorias) que se vieron amenazados una vez se identificaron inconsistencias en la formulación de algunas preguntas, hecho que se advirtió desde la publicación de la nota aclaratoria del 17 de diciembre de 2020, citada por el accionante.

Es decir, que el fundamento de lo afirmado corresponde al principio de eficacia de que trata el numeral 11 del artículo 3° del CPACA, en el que establece que la administración y toda autoridad administrativa debe propender porque sus procedimientos logren la finalidad que persiguen y evitar dilaciones o retardos, **así como sanear las irregularidades procedimentales que se presenten**, lo que permitió salvaguardar la objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad del proceso.

Bajo este panorama se resalta que las decisiones adoptadas por la administración, son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción contenciosa en donde se puede solicitar como medida provisional la suspensión de los efectos si se considera que los mismos pueden ser de la gravedad estatuida por en la normatividad vigente, habida cuenta que fue éste el mecanismo establecido por el constituyente y el legislador para debatir judicialmente asuntos como el que aquí se propone.

La tutela no es el escenario para introducir modificaciones a los actos legalmente expedidos los cuales gozan de la presunción de legalidad al ser proferidos en virtud de funciones legales y reglamentarias.

Asimismo, la Corte ha establecido en múltiples ocasiones que la medida provisional contemplada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo idóneo y suficiente para la protección de los derechos fundamentales, especialmente, cuando consideran que les fue vulnerado el debido proceso⁵. De acuerdo con lo expuesto, resulta que el accionante cuenta con otros medios de defensa eficaces para la protección de sus derechos, sin que haya probado en manera alguna la existencia de un perjuicio irremediable que le permita acceder al mecanismo excepcional de la tutela.

1.4. Improcedencia de la acción de tutela por Inexistencia de vulneración de derechos fundamentales por parte del ICBF

Es posible afirmar que en el caso *sub examine*, se presenta inexistencia de vulneración por parte del ICBF, en la medida en que no se encuentra acreditada ninguna conducta atribuible a esta entidad que se pueda constituir como amenaza o violación de los derechos fundamentales señalados, razón por la cual se debe declarar la improcedencia del presente trámite tutelar frente a este Instituto.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que:

“El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, *“cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares* [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991^[15] ^[16]. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional **se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado**

5 T-215 de 2000, T-743 de 2002, T-193 de 2007, T-161 de 2009, T-629 de 2009 y T-451 de 2010.

a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.^[17]

En el mismo sentido lo han expresado sentencias como la SU-975 de 2003^[18] o la T-883 de 2008^[19], al afirmar que “*partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...)* En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)”^[20], ya que “*sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)*”^[21]. (Negrilla fuera del texto)

Atendiendo lo descrito y conforme a los hechos narrados en el escrito de tutela, el ICBF no ha transgredido los derechos fundamentales del señor **ÁLVARO LEÓN FIGUEROA**, razón por la cual, no procedente el amparo en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

2. El marco legal y constitucional que regula el proceso de elección de Directores Regionales

El artículo 125 de la Constitución Política establece que, por regla general, los empleos en órganos y entidades del Estado deben proveerse a través de concurso de méritos:

“(…) Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. **Se exceptúan** los de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (...)”

En relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional ha señalado que es posible considerar que un cargo es de esta naturaleza cuando: (i) exista un fundamento legal que lo justifique, sin contradecir la esencia de la carrera; (ii) exista un principio de razón suficiente que justifique la excepción a la regla general; y, por último, (iii) cuando el desarrollo de la función misma exija un confianza plena y total o implique una decisión política⁶.

Específicamente, el proceso para la provisión del cargo de Director Regional encuentra su fundamento en el numeral 13 del Artículo 305 de la Constitución, en el que se dispone como

⁶ Sentencia C-195 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa “Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.” (Negrilla fuera del texto)”. Reiterada en la Sentencia C-306 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara.

atribución de los Gobernadores la escogencia de los gerentes de los establecimientos públicos del orden nacional que operan en los departamentos.

“**ARTICULO 305.** Son atribuciones del gobernador:

(...) 13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley”.

La Ley 909 de 2004 reglamentó lo dispuesto en la Constitución. Así esta norma estableció el procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial (artículo 49):

(...)1. Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos.

2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

3. La evaluación del candidato o de los candidatos propuestos por el nominador, podrá ser realizada por un órgano técnico de la entidad conformado por directivos y consultores externos, o, en su caso, podrá ser encomendado a una universidad pública o privada, o a una empresa consultora externa especializada en selección de directivos. (...)”

En consonancia con esta norma, el párrafo del artículo 78 de la Ley 489 de 1998, establece:

“(...) **PARAGRAFO.** Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal.”

De conformidad con lo anterior, considerando que el cargo de Director Regional Código 0042 asignado a las distintas Regionales, **es un empleo de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial**, que no conlleva derechos de carrera administrativa, su provisión de acuerdo con lo señalado por el artículo 49 de Ley 909 de 2004, desarrollado por el Decreto 1083 de 2015, debe estar sujeta a un **proceso público de méritos** en los términos y bajo el procedimiento descrito en la misma norma, es decir, teniendo en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño de los mismos, bajo los principios de objetividad, imparcialidad y publicidad.

Para la provisión del citado cargo, el ICBF realiza el proceso de selección por medio de una Convocatoria Pública Abierta en la que pueden participar todos los ciudadanos del territorio nacional que cumplan los requisitos de ley para ocupar el cargo de Director Regional y, de esta manera, se presenta una terna con los mejores candidatos con el fin de que el Gobernador del Departamento, escoja de ella, a la persona que se nombrará a Director Regional.

De esta forma, en cumplimiento con lo previsto en el Título 28 del Decreto 1083 de 2015 que regula la “*Designación de los directores o gerentes regionales o seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos públicos de la rama ejecutiva del orden Nacional*”, el ICBF dio apertura al proceso de selección público abierto BF/20-002 para la conformación de la terna que fue remitida al Gobernador del Departamento de Boyacá para la escogencia del Director Regional ICBF Boyacá, proceso de selección que en efecto **ya se concretó** por cuanto el Doctor RAMIRO

BARRAGÁN ADAME, en calidad de Gobernador de Boyacá, con oficio del 17 de septiembre de 2021, informó a la Directora General del Instituto, Doctora Lina María Arbeláez, **que en cumplimiento de lo establecido en el Título 28 del Decreto 1083 de 2015, la persona seleccionada para ocupar el cargo de Director Regional Boyacá es la Doctora Adriana del Pilar Camacho León.**

V. SOLICITUD

Por las razones expuestas, le solicito respetuosamente al señor juez:

DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por **ÁLVARO LEÓN FIGUEROA** por no cumplir con los requisitos de procedencia de acción de tutela

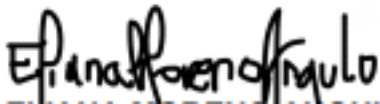
Subsidiariamente, **NEGAR** las pretensiones formuladas por el señor **ÁLVARO LEÓN FIGUEROA** en la presente acción de tutela y **DESVINCULAR** del presente trámite al ICBF.

VI. ANEXOS:

- Oficio No. 202112100000169561 del 30 de agosto de 2021.
- Oficio No. 202112100000182851 de 14 de agosto de 2021.
- Alcance resultado prueba de conocimientos junto con la nota aclaratoria del 17 de diciembre de 2020.
- Fallos del 7 de diciembre de 2020 y del 5 de febrero de 2021, proferidos por el Juzgado 27 de Familia del Circuito de Bogotá y la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, respectivamente
- Oficio del 17 de septiembre de 2021, enviado por el Doctor RAMIRO BARRAGÁN ADAME, en calidad de Gobernador de Boyacá.

VII. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Avenida Carrera 68 No. 64C-75 o en el correo electrónico notificaciones.judiciales@icbf.gov.co



ELIANA MORENO ANGULO

C.C. No. 1.023.870.688 de Bogotá

T.P. 278352 del C. S. de la J.