



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000263161

Fecha: 22/07/2022 09:38:13 a.m.

Bogotá D.C.,

Doctor

LUIS GUILLERMO BOLANO SANCHEZ

JUEZ

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Correo electrónico: ccto02ba@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Ref.: Expediente No.: 080013103002-2022-00055-00
Acción: Tutela
Actor: LORENA BAYONA FONTALVO
Accionadas: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC Y
ALCALDÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA.
Vinculado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN
PÚBLICA –DAFP y OTRO.
Asunto: Contestación demanda.

ARMANDO LÓPEZ CORTES, colombiano, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.440.982 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 61.948 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de Director Jurídico del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, por medio del presente escrito y dentro del término legal, me permito dar contestación a la acción de tutela de la referencia, en los siguientes términos:

PROBLEMA JURIDICO DE LA ACCIONANTE

Solicita la parte accionante **LORENA BAYONA FONTALVO**, la protección de los Derechos Fundamentales al debido proceso, igualdad, derecho al trabajo, mínimo vital y acceso a los cargos públicos, presuntamente vulnerados por las accionadas, con ocasión del proceso de selección No. 2289 de 2022, expedido conjuntamente por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Alcalde Distrital de Barranquilla.

Solicita la protección de sus derechos y se ordene dejar sin efectos el Acuerdo No. 221 de 3 de mayo de 2022 por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección, en las modalidades de ascenso y abierto, para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla- Proceso de Selección de Entidades del orden territorial No. 2289 de 2022, expedido conjuntamente por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Alcalde Distrital de Barranquilla, teniendo en cuenta que considera existen irregularidades en la Convocatoria.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

ME OPONGO a la prosperidad de la presente acción de tutela frente al Departamento Administrativo de la Función Pública, toda vez que esta entidad **NO** tiene injerencia alguna en los hechos que motivaron la presente acción, lo anterior por cuanto esta entidad **NO** es el ente encargado de desarrollar o vigilar la Convocatoria proceso de selección regulado por el Acuerdo No. 221 de 3 de mayo de 2022 por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección, en las modalidades de ascenso y abierto, por el cual se convoca al proceso de



selección No. 2289 de 2022, expedido conjuntamente por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Alcalde Distrital de Barranquilla, estableciendo las reglas del concurso de méritos, en las modalidades de concurso de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, pues estas funciones corresponden a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la entidad para la cual se proveerán las vacantes, las cuales son entidades diferentes al Departamento, pues tienen personería jurídica propia, patrimonio propio y total autonomía presupuestal y financiera.

De otro lado y para el caso que nos ocupa, la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa para cuestionar la legalidad y/o desacuerdos del proceso de selección regulado en el Acuerdo No. 221 de 3 de mayo de 2022 por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección, en las modalidades de ascenso y abierto, para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla- Proceso de Selección de Entidades del orden territorial No. 2289 de 202, en consecuencia, la acción de tutela instaurada por la señora **LORENA BAYONA FONTALVO**, no cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que no concurren los presupuestos para que proceda esta acción, ni siquiera de forma excepcional pues no se vislumbra la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sobre lo cual no se arrió prueba sumaria al respecto.

Así mismo cabe señalar, que no es competencia del Juez de Tutela decretar la medida provisional solicitada, como quiera que cuenta con otros mecanismos de defensa, como lo es la acción de nulidad y será entonces el Juez natural el que considere si hay o no lugar a la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo censurado y que en efecto fue negada por cuanto no cumple con los requisitos establecidos en el art. 7 del Decreto 2591 de 1991.

Con el mismo propósito, es de señalar que las acciones de tutela que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento, en consecuencia, de lo anteriormente expuesto, la acción deviene improcedente.

Dicho lo anterior, no hay lugar a la vulneración de ningún derecho fundamental a los que hace alusión la accionante, dado que se avizora que la accionada actuó con absoluta transparencia, dado que es el representante legal de la entidad territorial, quien obedeciendo a las necesidades del servicio decide cuándo es pertinente realizar las modificaciones al Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales, de acuerdo con el marco constitucional; y la normativa referente al tema.

La Acción de Tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos y no un instrumento adicional o alternativo de la persona, de no ser así, se llegaría al absurdo de desconocer que el objetivo de la tutela es precisamente brindar un remedio expedito y eficaz, cuando las acciones u omisiones de la autoridad accionada son manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho.

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-433 de 2019 dijo:

"De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela tiene carácter subsidiario, por consiguiente: (i) es improcedente cuando existen otros medios de defensa judiciales idóneos y eficaces y no exista la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable; (ii) procede, de manera transitoria, cuando existen otros medios de defensa judicial, pero se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable; y (iii) procede, de manera definitiva, cuando no existen mecanismos judiciales idóneos ni eficaces que permitan proteger los derechos fundamentales que se alega vulnerados o amenazado".

En contexto de lo anterior, no hay lugar a la vulneración de ningún derecho fundamental a los que hace alusión la tutelante, en lo respecta al Departamento Administrativo de la Función Pública, como quiera que el concurso esta siendo adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la entidad para la cual se realiza el concurso.

Con el mismo propósito es preciso señalar que la planificación del proceso concursal para proveer definitivamente los cargos vacantes existentes dentro de la planta de Cargos de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, le corresponden exclusivamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y a la entidad territorial.

El papel del Departamento Administrativo de la Función Pública es el de asesorar a las entidades públicas a través de la metodología prevista, para llevar a cabo las reformas organizacionales y el ajuste del Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales y presentar las observaciones y recomendaciones del caso.

Es importante precisar que la autoridad para llevar a cabo los concursos de méritos para la provisión definitiva de los empleos es la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y a través de la planificación de las convocatorias en donde se establecen los compromisos, condiciones particulares y los tiempos en los que las entidades públicas deben publicar sus respectivos Manuales Específico de Funciones y de Competencias Laborales.

No obstante, lo anterior, descendiendo al caso concreto y teniendo en cuenta la vinculación del Despacho Judicial es de señalar lo siguiente:

El manual específico de funciones y de competencias laborales es un instrumento de administración de personal a través del cual se establecen las funciones y las competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal de una entidad y los requerimientos exigidos para el ejercicio de estos. Se constituye, entonces, en el soporte técnico que justifica y da sentido a la existencia de los cargos en una entidad u organismo.

El manual específico de funciones y de competencias laborales, se orienta al logro de los siguientes propósitos:

- Instrumentar la marcha de procesos administrativos tales como: selección de personal, inducción de nuevos funcionarios, capacitación y entrenamiento en los puestos de trabajo y evaluación del desempeño.
- Generar en los miembros de la organización el compromiso con el desempeño eficiente de los empleos, entregándoles la información básica sobre los mismos.
- Proporcionar información de soporte para la planeación e implementación de medidas de mejoramiento y modernización administrativas, estudio de cargas de trabajo.
- Facilitar el establecimiento de parámetros de eficiencia y criterios de autocontrol.

De manera particular, para las entidades u organismos públicos el Decreto 1083 de 2015¹, establece:

"Artículo 2.2.2.6.1 Expedición. *Los organismos y entidades a los cuales se refiere el presente Título expedirán el manual específico de funciones y de competencias laborales describiendo las funciones que correspondan a los empleos de la planta de personal y determinando los requisitos exigidos para su ejercicio.*

La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante resolución interna del jefe del organismo o entidad, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el presente Título.

Corresponde a la unidad de personal, o a la que haga sus veces, en cada organismo o entidad, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de

¹ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."

funciones y de competencias laborales y velar por el cumplimiento de las disposiciones aquí previstas.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado, corresponde a las unidades de personal de las entidades públicas, adelantar los estudios (relacionados con las necesidades del servicio) que concluyan con la adopción, modificación o adición de los manuales de funciones y requisitos, se precisa que el acto administrativo mediante el cual se adopta, adiciona, modifica o actualiza el manual específico de funciones y de competencias laborales de la entidad u organismo público, deberá ser firmado por el director de la entidad.

Ahora bien, con respecto a la modificación del manual específico de funciones y de competencias laborales, la entidad pública deberá argumentar y la justificar la modificación o ajuste del manual, corresponderá señalar en términos generales a los siguientes aspectos, cuando a ello hubiere lugar:

- El propósito principal del empleo. (¿Por qué existe el empleo?)
- Las funciones esenciales del empleo.
- Nivel de complejidad y responsabilidad del empleo.
- Nivel de escolaridad en años de estudios aprobados, títulos y tarjeta profesional, si el ejercicio del cargo lo requiere y la ley que reglamenta su ejercicio si lo exigiere.
- Experiencia para acreditar.
- Otros factores que influyen para determinar el cargo, como son: habilidades, aptitudes, nivel de esfuerzo y condiciones de trabajo.²

De manera particular, para las entidades públicas del orden territorial el Decreto 785 de 2005³ establece:

"ARTÍCULO 32. Expedición. La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante acto administrativo de la autoridad competente con sujeción a las disposiciones del presente decreto. (...)

Corresponde a la unidad de personal de cada organismo o a la que haga sus veces, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de requisitos y velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto. (...) (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo señalado, corresponde a las unidades de personal de las entidades públicas, adelantar los estudios (relacionados con las necesidades del servicio) que concluyan con la adopción, modificación o adición de los manuales de funciones y requisitos. Se precisa que el acto administrativo mediante el cual se adopta, adiciona, modifica o actualiza el manual específico de funciones y de competencias laborales de la entidad u organismo público, deberá ser firmado por el representante legal de la entidad.

Lo anterior significa que esta es una técnica para el proceso de recolección, ordenamiento y valoración detallada para modificar y actualizar un puesto de trabajo determinado, las funciones esenciales, los requerimientos que se exigen, las condiciones físicas y las habilidades que debe poseer quien lo desempeñe.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que es competencia del jefe del organismo el adoptar, adicionar, modificar o actualizar el manual específico de funciones y competencias laborales que tenga adoptado la entidad.

De otra parte, se precisa que en el acto administrativo que dé cuenta de la modificación del manual, se deberá dejar constancia del análisis y la justificación técnica o jurídica pertinente del porqué se requiere realizar ésta; así como los parámetros técnicos anteriormente señalados y la argumentación jurídica correspondiente, si es el caso.

² Página 121- Guía de Modernización de Entidades Públicas- DAFP-

³ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.



Adicionalmente, conforme numeral 9 del artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en aras de cumplir con el principio de publicidad de los actos administrativos, en este caso, las modificaciones al manual de funciones, deberá comunicarse o notificarse a los funcionarios o a los interesados en forma sistemática y permanente, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información, para asegurar de esta manera que los interesados conozcan las decisiones tomadas por la administración.

Así las cosas, el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales, debe estar actualizado en el momento en que la Comisión Nacional del Estado Civil lo requiera, para iniciar el proceso de convocatoria pública; una vez enviado, éste no podrá ser modificado, así lo establece la Circular Conjunta 074 del 21 de octubre de 2009 que fija las directrices en relación con la obligación de los representantes legales de las entidades públicas de reportar la OPEC. Dicha circular en relación con el tema señaló:

"Cabe anotar que las entidades no podrán suprimir empleos reportados y que ya han sido ofertados a los aspirantes, ni podrán modificar los manuales de funciones y requisitos de los mismos antes de su provisión y hasta cuando el servidor nombrado supere el período de prueba, o que no existan más aspirantes en la lista de elegibles.

Se recuerda que la omisión de esta obligación legal puede acarrear sanción disciplinaria al representante legal o quien haga sus veces, en aplicación del Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002.

Las Procuradurías del nivel territorial, en ejercicio de su función de control preventivo de gestión, desarrollarán las acciones pertinentes para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Circular." (Subrayado fuera de texto)

Finalmente, con el fin de brindar elementos de asesoría Función Pública ha puesto a disposición del público una serie de lineamientos técnicos, como los contenidos en la *Guía para establecer o modificar el manual de funciones y de competencias laborales*, que le permitirá a las entidades públicas realizar la actualización, y que se encuentra disponible para consulta a través del siguiente link: <https://www.funcionpublica.gov.co/desarrollo-organizacional/enlaces-de-interes>

En consecuencia, no hay lugar a la vulneración de ningún derecho fundamental a los que hace alusión la tutelante, en lo respecta al Departamento Administrativo de la Función Pública, como quiera que el concurso está siendo adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la entidad para la cual se realiza el concurso.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS

En lo que se refiere a cada uno de los hechos descritos en la acción incoada, me opongo a los mismos, toda vez que el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA no ha tenido alguna injerencia sobre estos.

En efecto, es preciso señalar que este Departamento Administrativo no es parte ni intervino en la convocatoria, proceso de selección para proveer los empleos pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal para empleos en vacancia definitiva en la Alcaldía Distrital de Barranquilla, proceso de selección adelantado por la CNSC, ello significa que se trata de un proceso de selección adelantado sin intervención de este Departamento Administrativo, situación que le impide a mi representada pronunciarse materialmente y con algún grado de certeza sobre las circunstancias específicas o pormenores que generan la inconformidad de la parte tutelante.

De otra parte, es preciso señalar que el Representante Legal de la entidad pública territorial tiene la competencia para expedir el acto administrativo a través del cual se establece el Manual

Específico de Funciones y de Competencias Laborales. Sobre el particular el Decreto 785 de 2005^[1], dispone lo siguiente:

"Artículo 32. Expedición. *La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante acto administrativo de la autoridad competente con sujeción a las disposiciones del presente decreto.*

El establecimiento de las plantas de personal y las modificaciones a estas requerirán, en todo caso, de la presentación del respectivo proyecto de manual específico de funciones y de requisitos.

Corresponde a la unidad de personal de cada organismo o a la que haga sus veces, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de requisitos y velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto.

Parágrafo. *Toda certificación solicitada por particulares, servidores públicos y autoridades competentes, en relación con los manuales específicos de funciones y de requisitos, será expedida por la entidad u organismo responsable de su adopción."*

Así las cosas, es el representante legal de la entidad territorial, quien obedeciendo a las necesidades del servicio decide cuándo es pertinente realizar las modificaciones al Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales, de acuerdo con el marco constitucional; y la normativa previamente referida.

Cabe señalar que para cualquier modificación del manual de funciones es necesario adelantar el estudio que sustente estos cambios, esto es, que deberá desarrollarse la argumentación y la justificación del porqué se está haciendo la modificación o ajuste del manual de un empleo, para lo cual deberá señalarse, cuando a ello hubiere lugar:

- Identificación
- propósito principal
- funciones esenciales
- conocimientos básicos esenciales
- competencias comportamentales comunes y por nivel jerárquico
- requisitos de formación académica, y
- experiencia.

De manera que la entidad determinará (*dependiendo de sus circunstancias*), el perfil adecuado para atender las necesidades y asegurar la eficiencia y eficacia que se busca para el cumplimiento de los fines institucionales en un momento determinado.

En consecuencia, cada entidad territorial deberá diseñar su propia matriz de requisitos, a partir de los topes mínimos y máximos de los requisitos señalados en el **Decreto 785 de 2005**, en relación con las modificaciones en las entidades de orden territorial, es función del área de talento humano mantener actualizado el manual de funciones y de competencias laborales, y dicha actualización implica en algunas ocasiones hacer modificaciones parciales, como por ejemplo adicionar funciones a un empleo, modificar requisitos o abrir nuevos perfiles de empleo. En todo caso, cada modificación debe estar justificada técnicamente y se adopta mediante acto administrativo del jefe de la entidad.

En resumen, es viable que el representante legal de la entidad territorial modifique el manual específico de funciones y de competencias laborales, por necesidades del servicio y de una manera autónoma e independiente.

No obstante, existen algunas restricciones para dicha modificación en diferentes directivas y circulares expedidas por el Gobierno Nacional y otros entes administrativos, cuando se trata de los concursos públicos para la provisión de empleos de carrera administrativa.

^[1] Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

Así las cosas, las directrices dadas por la Procuraduría General de la Nación y la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Circular Conjunta 074 de 2009 en la cual señala, entre otras disposiciones señalan que:

"(...) las entidades no podrán suprimir empleos reportados y que hayan sido ofertados a los aspirantes, ni podrán modificar los manuales de funciones y requisitos de los mismos antes de su provisión y hasta cuando el servidor supere el período de prueba, o que no existan más aspirantes en lista de elegibles. (...)"

En el mismo sentido, la Circular Conjunta 004 de 2014 suscrita entre el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Comisión Nacional de Servicio Civil, efectúa una recomendación a los jefes de los organismos y entidades, que previo al inicio de un proceso de selección, se debe revisar y ajustar el Manual Específico de Funciones y de Competencias laborales, cuando a ello haya lugar. Lo anterior, antes de remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil la oferta de empleos vacantes, con el fin de garantizar que durante el proceso se apliquen las pruebas requeridas y pertinentes para medir las competencias de los aspirantes.

De esta manera, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-112 de 2014, magistrado ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, se pronunció en el siguiente sentido:

"Igualmente se ha establecido de manera específica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa."

La misma Corporación, mediante Sentencia de Unificación SU- 446 de 2011, frente al particular señaló lo siguiente:

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

(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular."

Esto es, una vez publicada la convocatoria, admitidos los participantes y practicadas las pruebas, no se podrán modificar, adicionar o ajustar los manuales específicos de funciones y de competencias laborales de los empleos ofertados en esta convocatoria.

No obstante se hace el siguiente pronunciamiento:

HECHO No 1: No me consta se trata de un asunto al interior de la entidad territorial.

HECHO No 2: No nos consta me atengo a lo que resulte probado.

HECHO No 3: No nos consta

HECHO No 4: No nos consta se trata de un asunto al interior del ente territorial.

HECHO No 5: No nos consta, en cuanto se trata de un tema propio de la Alcaldía de Barranquilla.

HECHO No 6: No nos consta.

HECHO No 7: No nos consta.

HECHO No 8: No nos consta, se trata de un asunto sin la intervención de este Departamento.

HECHOS No 9: No nos consta.

HECHO No 10 : Es cierto en cuanto a la expedición del referido Decreto por parte del Gobierno Nacional.

CONSIDERACIONES DE ORDEN LEGAL

La Constitución de 1991 consagró en forma novedosa, varios mecanismos para obtener el acceso rápido a la justicia, y un pronunciamiento oportuno sobre la protección incoada.

La Acción de Tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, permite a toda persona reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales que se encuentran amenazados, **siempre y cuando no disponga de otro medio de defensa judicial para protegerlos**, o que, teniéndolo, se ejerza con el fin de evitar un daño irremediable.

La Acción de Tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos y no un instrumento adicional o alternativo de la persona.

La Acción de Tutela como instrumento constitucional faculta a la persona para que en cualquier momento o lugar pueda acudir ante los Jueces en búsqueda de la protección de un derecho constitucional fundamental, que se encuentre amenazado por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de particulares, en este último evento, sólo en casos que determine la ley, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y la reglamentación contenida en el Decreto 2591 de 1991.

Es necesario destacar que el ejercicio de la acción de tutela, está condicionada entre otras razones, por la presentación ante el Juez de una situación concreta y específica de violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales, además el peticionario debe tener un interés jurídico y pedir su protección también específica, siempre en ausencia de otro medio judicial de protección.

De otra parte cabe señalar que el Departamento Administrativo de la Función Pública- DAFP, en momento alguno ha vulnerado derecho fundamental alguno por lo tanto nos debemos oponer a la pretensión de la accionante, toda vez que no existen ni presupuestos fácticos ni jurídicos que la fundamenten y menos la existencia de un perjuicio irremediable, el cual corresponde al Juez determinar si es o no irremediable, lo que en el presente caso no se configura y de esta manera se pudiera hacer aplicable la tutela como mecanismo transitorio.

En efecto el Departamento Administrativo de la Función Pública⁴ tiene a su cargo la formulación de políticas generales de Administración Pública, y presta servicios de asesoría en temas de administración de personal y salarial, y emite conceptos técnicos en los asuntos materia de su competencia institucional cuando le son solicitados, también lo es que el Departamento Administrativo de la Función Pública⁵ carece de legitimación en la causa por pasiva para responder materialmente por el adelantamiento del concurso de méritos adelantado por parte de la CNSC y la Alcaldía Distrital de Barranquilla.

⁴ De acuerdo con el Decreto 430 de 2016.

⁵ Que pertenece a la Rama Ejecutiva del Poder Pública en el orden nacional.



En este sentido, el artículo 130 Superior prevé la existencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil como organismo responsable de la administración y vigilancia de las carreras que no tengan el carácter de especial. A partir del año de 1991, fecha de expedición de nuestra actual Carta Política, los empleados públicos pertenecientes a las demás instituciones del Estado están sometidos a la carrera administrativa general, cuya vigilancia y administración corresponde de manera privativa y excluyente a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Es decir, se trata de un proceso de selección iniciado por otras entidades distintas del Departamento, situación que le impide a mi representada pronunciarse materialmente y con algún grado de certeza sobre las circunstancias específicas o pormenores que generan, en este caso, la inconformidad del tutelante.

De esta manera, la actuación censurada por la accionante pertenece a la órbita competencial del ente territorial y la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual permite colegir, de una parte, que estas son las entidades llamadas a responder las inquietudes de la accionante, y de otra, que el Departamento carece de legitimación en la causa por pasiva, lo cual debe comportar su exclusión de la presente contienda procesal.

Lo anterior se desprende de la Ley 909 de 2004 que en su artículo 31 señala en relación con las etapas del proceso de selección o concurso:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

(...)

4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Así las cosas, de acuerdo con la norma citada, no le corresponde al Departamento Administrativo de la Función Pública participar en ninguna de las etapas de los procesos de selección o concurso que se realicen en el marco de la Ley 909 de 2004, de manera que carece de competencias para pronunciarse sobre las situaciones particulares que se relatan en la presente acción y que son motivo de inconformidad de la tutelante.

Ahora bien, en lo que se refiere a la violación al debido Proceso, igualdad, trabajo, como vulnerados por el Departamento Administrativo de la Función Pública es preciso señalar que al no existir una relación de causalidad con los hechos descritos por la tutelante, y el actuar de la entidad, por antonomasia, resulta inadmisibles la violación de estos principios.

Lo anterior cobra fuerza, toda vez que, si bien es cierto, se enuncian eventualmente unos derechos como vulnerados, los mismos no cuentan con elementos facticos y jurídicos que soporten dicha vulneración por lo que no deja de ser más que unas apreciaciones subjetivas encaminadas a cuestionar el desarrollo del proceso de la convocatoria, que dicho sea de paso el Departamento Administrativo de la Función Pública no hizo parte de la misma, como se señalara en argumentos que preceden.

De igual manera es preciso señalar, conforme a los presupuestos facticos de la acción impetrada, que el Departamento Administrativo de la Función Pública, no ha propendido en acción u omisión alguna que conlleve a vulneración de algún derecho fundamental y menos la existencia de un perjuicio irremediable, esto es, inminente, grave, que requiera medidas urgentes y que su protección sea impostergable, situación esta que debe de ser valorada por el juez Constitucional. En consecuencia, al no existir nexo causal alguno como se ha establecido en el contexto de este escrito, la acción deviene improcedente respecto de esta entidad.

Teniendo en cuenta lo señalado en precedencia, comedidamente propongo como excepciones las siguientes:

EXCEPCIONES

EXISTENCIA DE MECANISMOS ORDINARIOS DE DEFENSA:

En tanto el Acuerdo No. 221 de 3 de mayo de 2022 por el cual se convoca y se establecen las reglas del proceso de selección, en las modalidades de ascenso y abierto, para proveer empleos en vacancia definitiva pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla- Proceso de Selección de Entidades del orden territorial No. 2289 de 2022, puede ser demandado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o nulidad simple ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con solicitud de suspensión de los efectos jurídicos del acto, hace improcedente la presente acción de tutela en los términos de numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y que en efecto según la accionante ya cursa la demanda, de contera hace que la acción devenga improcedente.

En efecto, esta acción solo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe girar en torno al mínimo vital y ser probado por el actor, situación que, en el presente caso, no se ha dado.

Sea oportuno señalar lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T -433 de 2019 al señalar:

"De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela tiene carácter subsidiario, por consiguiente: (i) es improcedente cuando existen otros medios de defensa judiciales idóneos y eficaces y no exista la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable; (ii) procede, de manera transitoria, cuando existen otros medios de defensa judicial, pero se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable; y (iii) procede, de manera definitiva, cuando no existen mecanismos judiciales idóneos ni eficaces que permitan proteger los derechos fundamentales que se alega vulnerados o amenazado.(...)".

En contexto de lo anterior, de no ser así se llegaría al absurdo de desconocer que el objetivo de la tutela es precisamente brindar un remedio expedito y eficaz, cuando las acciones u omisiones de la autoridad accionada son manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho.

En otro no menos importante fallo de la Corte Constitucional T-586 de 2019, se dijo:

La tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para los derechos fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares en casos excepcionales. Son requisitos para su procedencia, la acreditación de legitimación en la causa por activa y por pasiva, un ejercicio oportuno -inmediatez - y un ejercicio subsidiario.

En contexto de lo anterior, para el caso que nos ocupa la acción impetrada no cumple con el requisito de la subsidiariedad, por ende, la misma deviene improcedente.

INEXISTENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE:

De conformidad con el artículo 6º. del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procederá:

Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

“Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

Sobre este tópico es preciso traer a colación lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia No. T-269/93:

"(...)

3. El perjuicio irremediable y razón de ser de la Tutela

Con respecto al perjuicio irremediable, es conveniente reiterar lo que esta Corporación ha considerado sobre el tema:

"Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o se encuentran amenazados. Con respecto al término 'amenaza' es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral".⁶

Así mismo, es oportuno recordar que la acción de tutela no sustituye en momento alguno los procedimientos establecidos por la vía ordinaria, salvo el caso en que se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El espíritu del Constituyente con respecto a esta acción no fue el de establecer una vía alterna, sino una vía especial para casos proporcionados a su fin, es decir, cuando un derecho fundamental está siendo o ha sido afectado, o hay inminencia sobre su lesión y no existe otro medio de defensa judicial. Se trata, pues, de un sistema de defensa integral de los derechos fundamentales, que complementa la estructura vigente, pero que jamás tiende a sustituirla, lo cual equivaldría a un desorden, por cuanto alteraría la armonía del sistema judicial, contrario a lo estipulado por la Carta, tanto en el Preámbulo, como en el artículo 2, que señala el orden justo como fundamento y fin, a la vez, del Estado Social de Derecho y de toda la normatividad que a él lo rige."

En efecto y para el caso no se evidenció prueba alguna sobre algún perjuicio irremediable, esto es inminente, que requiera medidas urgentes, grave y que su protección sea impostergable, situación esta que debe ser valorada por el Juez Constitucional.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA:

La acción de tutela, no obstante, su informalidad, debe cumplir, como mínimo requisito, **que se dirija contra la autoridad que esté causando la omisión que posiblemente vulnera los derechos fundamentales que se busca proteger**, pues tanto la Constitución como la Ley exigen que cuando se presenta una acción de tutela ella se dirija contra la persona que está causando la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. Esta exigencia está contemplada en la propia Constitución, en el artículo 86, al decir en el inciso segundo "La

⁶ Sentencia número T-225 de 1993. Cfr. Sentencia T-223, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. Junio 15 de 1993.

protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo"; no obstante en el sub-examine, la accionante no dirige la acción contra el Departamento Administrativo de la Función Pública, configurándose la falta de legitimación en la causa por pasiva.

La Legitimación en la Causa se refiere a la relación sustancial que se pretende que exista entre las partes del proceso y el interés sustancial del Litigio o que es objeto de la decisión reclamada, la legitimación pasiva le pertenece al demandado y a quienes intervengan para controvertir la pretensión del demandante; así el demandado debe ser la persona a quien conforme a la ley le corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda.

Por lo anterior, la falta de legitimación en la causa impide desatar el litigio en el fondo, pues, es evidente que si se reclama un derecho frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante⁷.

Puestas así las cosas, forzoso es concluir que no se avizora acción u omisión alguna por parte del DAFP respecto de los hechos argüidos por la accionante como generadores de una eventual vulneración a los derechos fundamentales a que se alude en la presente acción, por tanto reitero a su despacho tener en cuenta esta situación amen de los argumentos establecidos a lo largo de este prontuario y se deniegue de contera la acción de tutela declarando la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esta entidad.

PETICIÓN

Por las razones anotadas, respetuosamente solicito al Honorable Juez, declarar probadas las excepciones propuestas y fundamentalmente la **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**, amén de resultar jurídica y materialmente improcedente, respecto del DAFP, habida cuenta de que esta entidad no tuvo injerencia alguna en el proceso de selección tantas veces mencionado.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Carrera 6 No. 12-62 de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co.

Con toda consideración,



⁷ Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia en Sentencia T-798/06, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, ha manifestado "(...) Legitimación en la causa. 3.1.1 Dentro de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, primeramente corresponde al juez constitucional verificar lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado la "legitimación en la causa". Este requisito ha sido definido por la Corte así: "La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente declararse inhibido para fallar el caso de fondo"

"El estudio de la legitimidad en la causa exige entonces que el juez se percate de si el demandante y el demandado son, respectivamente, el titular del derecho cuya protección se invoca (legitimación en la causa por activa) y la persona correlativamente obligada a satisfacerlo (legitimación en la causa por pasiva)

Analizando más detalladamente el asunto de la legitimidad para demandar o para ser demandado mediante la acción de tutela, la Corte ha explicado que la "legitimación por pasiva", como presupuesto procesal de esta acción, supone que la persona contra quien se incoa la demanda sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental cuya protección se solicita; dicha persona, además, debe estar plenamente determinada; así, la acción no resultará procedente si quien desconoció o amenaza desconocer el derecho no es el demandado, sino otra persona o autoridad. Correlativamente, la "legitimación por activa" exige que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona. Finalmente, la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Diana Salinas
11603.38.6